

52

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

LES PRAYDEET PRO

Revista

Julio 2023

52

Revista Penal

Penal

Julio 2023



Revista Penal

Número 52

Sumario

Doctrina:

– El derecho a la reparación a las víctimas de violencias sexuales y violencia de género tras la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual: un punto de inflexión, por <i>Teresa Aguado-Correa</i>	5
– La suspensión de la ejecución de la pena de prisión en los delitos de corrupción pública, por <i>Soledad Barber Burusco</i>	23
– La DAC 6 como instrumento para la lucha contra el delito fiscal, por <i>Marina Castro Bosque, Fernando de la Hucha Celador y Hugo López López</i>	41
– Prescripción penal y Estado de Derecho, por <i>Eduardo Demetrio Crespo</i>	71
– Justicia restaurativa y corrupción pública, por <i>Paz Francés Lecumberri</i>	81
– La figura del arrepentido y la justicia penal negociada: a propósito de la incorporación de nuevas cláusulas pre-miales en el Código Penal (arts. 262.3 y 288 bis CP), por <i>Leticia Jericó Ojer</i>	109
– COVID-19 emergency, overcrowding and the right to health also of the prisoner subjected to the regime pursuant to article 41-bis of the Italian Penitentiary System, por <i>Mena Minafra</i>	136
– Giuliano Vassalli: vida y obra de un penalista italiano del siglo XX. Comentarios al libro de Giandomenico Dodaro, <i>Giuliano Vassalli fra fascismo e democrazia. Biografia di un penalista partigiano (1915-1948)</i> , editorial Giuffrè, Milán, 2022, 402 páginas, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	159
– El Derecho penal fascista y nacionalsocialista y la persecución de un penalista italiano judío: el caso de Marcello Finzi, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	172
– El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?, por <i>Inés Olaizola Nogales</i>	179
– Las investigaciones internas como elemento esencial de los «criminal compliance programs»: <i>haciendo de la necesidad virtud</i> , por <i>Nicolás Rodríguez-García</i>	201
– Las penas sustitutivas de la detención carcelaria en la reforma <i>Cartabia</i> . El proceso de renovación del sistema sancionador penal italiano entre la necesidad de deflación y el perseguimiento de la finalidad reeducadora de la pena, por <i>Pietro Maria Sabella</i>	224
– Los protocolos por acoso sexual y por razón de sexo como modelo de canal de denuncia en la empresa, por <i>Elisa Sierra Hernaiz</i>	245
– ¿Hacia una reevaluación europea del derecho punitivo?, por <i>John Vervaele</i>	260
Sistemas penales comparados: La trata de seres humanos (Human Trafficking)	287

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jferreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja
Carmen González Vaz. Universidad CUNEF, Madrid

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P. Fletcher. Univ. Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I^o
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla
José Luis González Cussac. Univ. Valencia

Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Alessandro Melchionda. Univ. Trento
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
John Vervaele. Univ. Utrecht
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Eva Kiel (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)
Jiajia Yu (China)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)
Elena Núñez Castaño (España)
Federica Raffone (Italia)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Campo Elías Muñoz Arango (Panamá)

Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Frederico Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Ana Cecilia Morán Solano y John Charles Sirvent Istúriz (República Dominicana)
Svetlana Paramonova (Rusia)
Baris Erman (Turquía)
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>



El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?

Inés Olaizola Nogales

Revista Penal, n.º 52 - Julio 2023

Ficha Técnica

Autor: Inés Olaizola Nogales

Adscripción institucional: Catedrática de Derecho Penal, Universidad Pública de Navarra

ORCID: 0000-0002-9708-644X

Title: The crime of illicit or unjustified enrichment

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. CUESTIONES POLÉMICAS DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. 1. Bien jurídico protegido. 2. Derecho a la presunción de inocencia. 2.1. Tesis que plantean la vulneración de la presunción de inocencia y del derecho a no declarar contra sí mismo. 2.2. Tesis que defienden la constitucionalidad del delito. 2.3. Opinión personal. III. ARTÍCULO 438 CP. 1. Propuestas precedentes y alguna legislación comparada. 2. Ubicación del art. 438 bis CP ¿relevancia? 3. Conducta típica. 3.1. Incremento patrimonial superior a 250.000 euros. 3.2. Delito de desobediencia. 3.3 Requerimiento por parte de órganos competentes. 3.4 Autor: Autoridad. 3.5 Ámbito temporal. 4. Lesividad ¿Cuál es el bien jurídico? 5. Vulneración de la presunción de inocencia. 6. Pena. IV. NECESIDAD DEL DELITO: EL DECOMISO COMO HERRAMIENTA MÁS ADECUADA. 1. El decomiso ampliado. 2. Diferencias entre el delito de enriquecimiento y el decomiso ampliado. 3. Posible vulneración de la presunción de inocencia. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

Summary: I. INTRODUCTION. II. CONTROVERSIAL ISSUES OF THE CRIME OF ILLICIT ENRICHMENT. 1. Protected legal asset. 2. Right to the presumption of innocence. 2.1. Thesis that raises the violation of the presumption of innocence and the right not to testify against oneself. 2.2. Theses that defend the constitutionality of the crime. 2.3. Personal opinion. III. ARTICLE 438 PC. 1. Previous proposals and some comparative legislation. 2. Location of the art. CP 438 bis relevance? 3. Typical behavior. 3.1. Capital increase of more than 250,000 euros. 3.2. Crime of disobedience. 3.3 Requirement by competent bodies. 3.4 Author: Authority. 3.5 Temporary scope. 4. Lesividad What is the legal good? 5. Violation of the presumption of innocence. 6. Grief. IV. NECESSITY OF THE CRIME: CONFISCATION AS THE MOST APPROPRIATE TOOL. 1. Expanded confiscation. 2. Differences between the crime of enrichment and extended confiscation. 3. Possible violation of the presumption of innocence. V. CONCLUSIONS. VI. BIBLIOGRAPHY.

Resumen: La LO 14/2022, de 22 de diciembre, incorpora al CP el art. 438 bis CP. Se trata del delito de enriquecimiento ilícito formulado como un delito de desobediencia. A lo largo del trabajo se estudian los problemas de constitucionalidad que tradicionalmente se han planteado en relación al delito de enriquecimiento ilícito y se valora si estos problemas se salvan con la redacción del art. 438 bis CP. En el trabajo se defiende la no necesidad del precepto, por considerar que hay herramientas en nuestro ordenamiento jurídico más eficaces para recuperar las ganancias ilícitas sin tener que forzar las costuras de las garantías básicas del Derecho penal.

Palabras clave: enriquecimiento, desobediencia, ganancias ilícitas.

Abstract: Spanish LO 14/2022, of 22 December, incorporates art. 438 bis CP into the CP. This is the offence of illicit enrichment formulated as a crime of disobedience. The work studies the problems of constitutionality that have traditio-

nally arisen in relation to the offence of illicit enrichment, and it is assessed whether these problems are overcome with the wording of art. 438 bis PC. The paper also defends the non-necessity of the precept, considering that there are different effective tools in our legal system to recover illicit gains without having to force the seams of the basic guarantees of criminal law.

Key words: enrichment, disobedience, illicit gains.

Observaciones: El trabajo se enmarca en el Proyecto de la Agencia Estatal de Investigación (AEI) PID2020-118854GB-I00: Instrumentos normativos preventivos en la lucha contra el fraude y la corrupción, del que es IP la autora junto con el profesor Hugo López López.

Rec.: 05-04-2023 **Fav.:** 28-04-2023

I. INTRODUCCIÓN

La LO 14/2022, de 22 de diciembre, incorpora al CP el delito de enriquecimiento ilícito, delito nuevo en nuestra legislación. La reforma lleva por título: *De transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso.*

Este nuevo (novedoso) delito se ha incorporado a nuestra legislación, se podría decir, que de forma silenciosa. Así, se puede ver que en el título de la reforma no aparece mencionado y además la reforma trajo consigo mucho ruido en relación a otros delitos (concretamente a la reforma de los delitos de malversación y de sedición) lo que hizo que la introducción del delito de enriquecimiento ilícito pasara prácticamente inadvertida. Si se repasan los titulares de los medios de comunicación de aquellos días se puede comprobar que la atención mediática se centró en los delitos de malversación y de sedición¹.

No obstante, como se tratará de exponer a lo largo de este trabajo, a pesar de que la introducción del delito no haya tenido gran repercusión mediática, se trata de un delito que en aquellos países donde se ha introducido sí ha generado discusiones importantes, hasta el punto, como se verá, que fue declarado inconstitucional en Portugal e incluso debe destacarse que la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) de 2023 no obliga a los Estados miembros a la incor-

poración del delito en su legislación sino que permite que cada Estado, de acuerdo a su Constitución y a los principios fundamentales, que rigen su ordenamiento jurídico, que considere la posibilidad de tipificar el enriquecimiento ilícito como delito. En parecidos términos se expresa la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) de 1996 al indicar que cada Estado que ratifique la Convención considerará previamente si la figura del enriquecimiento ilícito se adecúa a su Constitución y a los principios que rigen su ordenamiento jurídico antes de ser tipificada en su legislación penal. Lo que quiero indicar con lo anterior es que el delito de enriquecimiento ilícito genera controversias incluso constitucionales, que lleva a que lo propios instrumentos internacionales sean precavidos a la hora de “obligar” a los Estados a incorporar este delito en su legislación².

En este mismo sentido, la Exposición de Motivos de la LO 14/2022, de 22 de diciembre, señala que “tradicionalmente la figura del enriquecimiento ilícito había generado controversia constitucional al ser configurado como un delito de sospecha, por su posible colisión con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, algo que se evita con la actual regulación que sigue el ya citado modelo de desobediencia”. Por tanto, también la propia LO reconoce los posibles problemas que puede generar la inclusión de este delito en el CP.

Sin embargo, a pesar de las reticencias, el legislador español ha optado por tipificar el delito en el art. 438 bis dentro del Título XIX entre los delitos contra la Administración Pública, en el Capítulo de Fraudes y

1 Diario el País de 22 de diciembre “El Senado aprueba las reformas de la sedición y la malversación

El cambio exprés en el Código Penal sale adelante opacado por la crisis institucional entre los poderes del Estado”; la Cadena SER: “Entra en vigor la reforma de los delitos de malversación y sedición”; el Diario.es: “La sedición y la malversación: una reforma inaplazable”; ABC: “Malversación, últimas noticias”.

2 Recientemente se ha declarado por parte del TC Chileno (Sentencia de 12 de enero de 2023/Rol 12.797-2022) la constitucionalidad del art. 241 bis del CP Chileno que regula el delito de enriquecimiento ilícito, pero con un resultado de empate entre los magistrados que consideran la constitucionalidad y los disidentes que lo consideran inconstitucional.

Exacciones ilegales con el siguiente tenor: “La autoridad que, durante el desempeño de su función o cargo y hasta cinco años después de haber cesado en ellos, hubiera obtenido un incremento patrimonial o una cancelación de obligaciones o deudas por un valor superior a 250.000 euros respecto a sus ingresos acreditados, y se negara abiertamente a dar el debido cumplimiento a los requerimientos de los órganos competentes destinados a comprobar su justificación, será castigada con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa del tanto al triplo del beneficio obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a siete años”.

La primera duda que surge al leer la redacción del art. 438 bis tiene que ver con la denominación de este delito, ya que podría considerarse más adecuado denominarlo delito de enriquecimiento no justificado, porque, como se estudiará con más detalle, en el apartado III, la tipificación introducida a través del art. 438 bis recoge un delito de desobediencia y en este sentido se aleja en parte, de las definiciones utilizadas en la normativa internacional del delito de enriquecimiento ilícito. Así, por ejemplo, la CNUCC define el enriquecimiento ilícito en su art. 20 como: “El incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él”. Por su parte la CICC lo define en su artículo IX como: “El incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él”. En estos términos se hicieron las propuestas de algunos grupos parlamentarios y así también se regula en diversos países³. Sin embargo, el art. 438 bis CP recoge una tipificación diferente, más parecida a la propuesta realizada por el grupo parlamentario Unión del Pueblo y Democracia (UPyD) y a algunas regulaciones, como la que recoge el art. 268 (2) del CP argentino y en parte la legislación portuguesa y francesa. A ellas me referiré en el apartado III.

En la Exposición de Motivos de la LO 14/2022, de 22 de diciembre, se indica que la tipificación del delito de enriquecimiento como un delito de desobediencia salva los posibles problemas constitucionales que tradicionalmente se achacan a este delito.

En el siguiente apartado trataré de exponer cuáles han sido las tradicionales polémicas que ha generado el delito de enriquecimiento ilícito y en el apartado III va-

loraré si dichas cuestiones se salvan con la tipificación del delito como delito de desobediencia, tal y como indica la Exposición de Motivos citada.

II. CUESTIONES POLÉMICAS DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Son dos las cuestiones especialmente controvertidas que en términos generales provoca la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito, en su definición más clásica. La primera cuestión es si se puede entender que hay un bien jurídico protegido y merecedor de sanción penal y la segunda cuestión vendrá relacionada con la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia y aquellos derechos derivados, tales como el derecho a guardar silencio y el derecho a no declarar contra sí mismo.

1. Bien jurídico protegido

Considero necesario insistir en que un precepto que no proteja un bien jurídico merecedor de sanción penal es un precepto que no debe tener cabida en un Estado Social y Democrático de Derecho. Así, siguiendo a Mir Puig: “el Estado de Derecho y la correspondiente legalidad material aconsejan que los distintos objetos cuya lesión pueda determinar la intervención penal se concreten en forma bien *diferenciada* en un catálogo de bienes jurídicos *específicos* correspondientes a los distintos tipos de delito, sin que baste una referencia a cláusulas generales”⁴.

En este sentido, argumentaciones realizadas por algunos autores como la necesidad de luchar contra la corrupción o la protección de la Administración Pública no son suficientes, en mi opinión, para justificar la inclusión de un delito, tampoco el delito de enriquecimiento ilícito en el CP, puesto que no identifican un bien jurídico específico. Así Mir Puig, C. afirma, para justificar la introducción del delito de enriquecimiento ilícito en el CP, que en la actualidad la corrupción es percibida ya no como consecuencia de la pobreza, sino como la causa de ésta, por lo que cada vez se hace más imperiosa la necesidad no sólo de prevenir o de castigar las prácticas corruptas, sino también de recuperar los fondos expoliados⁵. Igual Del Carpio Delgado plantea que si España cuenta con los mecanismos legales adecuados para luchar contra la corrupción, cómo es posible que los sujetos ahora investigados hayan actuado con total impunidad y entiende que es necesario

3 Extensamente sobre todas las propuestas de los grupos parlamentarios españoles y las regulaciones de otros países ((Del Carpio Delgado, 2015, pp. 58 ss.); (Blanco Cordero, 2017, pp. 11 ss.); (Sánchez Benítez, 2019, pp. 4 ss.); (Mir Puig, C., 2022, pp. 286 ss.).

4 (Mir Puig, 2015, p. 132).

5 (Mir Puig, C., 2022, p. 287).

la incorporación del delito de enriquecimiento ilícito⁶. También Asencio Mellado afirma que “quien ostenta el poder, debe asumir responsabilidad proporcional o, lo que es lo mismo, exponerse a normas excepcionales que sean consecuencia directa de la necesidad de control de los ciudadanos, sus representados, y de la evitación de la indefensión social, máxime cuando está en juego la pervivencia, al menos su legitimidad, del sistema político”⁷. En este sentido pragmático argumenta Fernández Teruelo que la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito, a pesar de sus carencias, está justificada por la situación de cuasi emergencia en la que nos encontramos⁸.

No cabe duda de que España tiene un problema con la corrupción, especialmente con la corrupción política y que es necesario incrementar las medidas de control en determinados ámbitos, concretamente en los procesos de contratación pública y en el sector urbanístico⁹, lo que no tengo tan claro es que con la introducción de este delito vayan a resolverse los problemas de corrupción. Además, abogar por medidas excepcionales en el ámbito penal es peligroso porque acaban contagiándose a otros sectores de delitos y porque suelen representar la ruptura de los principios y garantías fundamentales del Derecho penal. La apelación a razones de emergencia comporta asumir la consecuencia de admisión de instituciones antigarantistas que, superada la coyuntura, se consolidan para siempre¹⁰. Y añadiría que estas instituciones no sólo se consolidan, sino que se expanden. Por otra parte, si de lo que se trata es de facilitar la recuperación de activos obtenidos ilícitamente, probablemente sean más eficaces otras medidas, entre otras el decomiso, o la imposición de altos impuestos ante ganancias no justificadas, como se analizará más abajo. En todo caso, la justificación de un tipo penal debe venir amparada por la necesidad de protección de un bien jurídico.

Un sector doctrinal defiende como bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento ilícito la transparencia de la fuente de ingresos patrimoniales de los funcionarios públicos¹¹. Estos autores comparten la tesis de los votos particulares efectuados por los magistrados Carlos Fernandes Cadilha y Vítor Gomes del

TC portugués discrepantes de la Sentencia que declaró inconstitucional el delito de enriquecimiento ilícito en ese país (*Acórdão* nº 179/2012¹². En el voto particular, el magistrado Vítor Gomes defiende la transparencia como un bien jurídico mediato, entendiendo que la ocultación de los ingresos puede poner en peligro la confianza de la sociedad en el sano funcionamiento de las instituciones democráticas. Esta confianza se reconoce con valor constitucional y por lo tanto lo considera un bien jurídico con “dignidad penal”. En este sentido, en el voto particular de Vítor Gomes, el magistrado afirma que lo que persigue el delito no es castigar los actos ilícitos generadores del enriquecimiento, hechos que podrían ser punibles de manera autónoma, sino que incrimina la falta de transparencia sobre las causas de enriquecimiento, puesto que dicha falta de transparencia puede erosionar la credibilidad del Estado.

En mi opinión ni la transparencia ni la confianza pueden ser considerados bienes jurídicos merecedores de protección penal.

La tesis de la confianza de los ciudadanos como bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública ha tenido especial importancia en la doctrina alemana¹³. Sin embargo, en mi opinión, la confianza de los ciudadanos no puede considerarse un bien jurídico, sino más bien una condición necesaria para que el Estado funcione. Es decir, la confianza es un elemento necesario para lograr un funcionamiento estable de la Administración. No es un bien jurídico porque una conducta no puede ser delictiva porque haga disminuir la confianza, sino que, al cometerse un delito, que protege un determinado bien jurídico, disminuye la confianza. En segundo lugar, no puede afirmarse que la Administración funcione por el hecho de que el grado de confianza en ella sea mayor o menor, sino que ello depende de otras variables¹⁴. Por último, la consideración de la confianza como bien jurídico protegido podría llevar al sinsentido de que en un Estado con altos niveles de corrupción y por tanto con altos grados de desconfianza, la corrupción no pudiera ser perseguida, puesto que no habría bien jurídico necesitado de protección¹⁵.

6 (Del Carpio Delgado, 2015, p. 57).

7 (Asencio Mellado, 2014, p. 1).

8 (Fernández Teruelo, 2015, p. 74).

9 (Olaizola Nogales, 2014, pp. 116 ss.).

10 (Terradillos Basoco, 2017, p. 20); (Sánchez Benítez, 2013, p. 13).

11 (Del Carpio Delgado, 2015, p. 58); (Blanco Cordero, 2017, p. 33); (Torres Vergara/Gabela Salvador, 2018, p.9); (Mir Puig, C. 2022, p. 297).

12 (Ampliamente sobre la sentencia, Blanco Cordero, 2013, pp. 8 ss.).

13 (Otto, 1991, p. 227); (En España, Baciagalupo Zapater, 1983, p. 1099).

14 (De la Mata Barranco, 2006, p. 124).

15 (Kindhauser, 2007, p. 9).

Por su parte, el concepto de transparencia tiene que ver con la articulación de mecanismos de información pública que permita a la población, de forma fácil, tener información constante y continua. En este sentido afirma García de Enterría que la confianza de los ciudadanos en el sistema democrático no puede ser una fe ciega, sino una confianza racional basada en el conocimiento de la actuación, lo que implica la transparencia absoluta en la actuación de los gobernantes¹⁶. La transparencia además no es sólo el acceso a la información, sino que requiere un paso más, de manera que este acceso sea posible de manera inteligible. Ahora bien, ello no convierte a la transparencia en un bien jurídico merecedor de protección penal. En mi opinión esta transparencia debe ser un medio, un instrumento destinado a proteger el auténtico bien jurídico protegible. Es decir, la pregunta sería qué queremos proteger cuando se plantean mecanismos de transparencia. Dichos mecanismos sirven como medios preventivos para prevenir los delitos.

Dicho lo anterior, debemos preguntarnos qué es lo que realmente se persigue cuando se regula el delito de enriquecimiento ilícito. Si se revisan las convenciones mencionadas más arriba —la CNUCC y la CICC se observan tres elementos comunes a ambas: el destinatario de la norma es un funcionario público; existe un incremento significativo de su patrimonio no razonable conforme a sus ingresos legítimos; la ausencia de justificación.

Si se considera la transparencia como el bien jurídico protegido podría afirmarse que el funcionario que fuera transparente y declarara el origen ilícito de su patrimonio no podría ser acusado por este delito. De las declaraciones de las convenciones se puede deducir que lo que preocupa cuando se tipifica esta conducta es la sospecha de que este patrimonio del funcionario no tenga un origen lícito. La transparencia es el medio que se considera adecuado para evitar o prevenir este tipo de conductas, pero no es el bien jurídico protegido. Como se verá al analizar el nuevo art. 438 bis CP esto no queda claro con la tipificación efectuada.

Por su parte la Sentencia que declara la inconstitucionalidad del precepto en Portugal afirma que no hay un bien jurídico definido: “el injusto de la norma pretende castigar la falta de correspondencia entre el patrimonio adquirido, mantenido o poseído y los ingresos y bienes lícitos del sujeto, patrimonio que, no teniendo origen lícito determinado indica que el incremento patrimonial procede de la comisión anterior de delitos.

Parece, por tanto, que el propósito es castigar, a través del nuevo delito, los delitos cometidos con anterioridad y no esclarecidos procesalmente¹⁷.

En mi opinión, justificar la introducción del delito de enriquecimiento ilícito para proteger los bienes jurídicos protegidos en los “supuestos” delitos previos no tiene razón de ser. Además del absurdo que supone el castigo de una conducta para proteger bienes jurídicos que se protegen sancionando otras, hay otras razones. En primer lugar, porque ello llevaría a que el delito de enriquecimiento ilícito tuviera un bien jurídico indeterminado (al no saberse qué delito previo supuestamente habría cometido el sujeto). En segundo lugar, porque podrían ser múltiples bienes jurídicos (tantos bienes jurídicos como posibles delitos hubiera podido cometer el sujeto). Y, por el contrario, y en tercer lugar, porque las ganancias ilícitas pueden provenir de una actividad ilícita pero no delictiva, no habiendo entonces bien jurídico penal protegido.

En parecido sentido, en algunas ocasiones se justifica el delito de enriquecimiento ilícito por las dificultades que hay para probar otros delitos presumiblemente cometidos. Son claras las palabras de Sancinetti, criticando esta posición: “Se inspiraron en el problema político criminal concreto y especialmente alarmante en Argentina y en América Latina en general, de la frecuencia e intensidad con que los funcionarios públicos aumentan su estado patrimonial durante el ejercicio de su cargo, presumiblemente por hechos delictivos (cohecho, malversación, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, prevaricación), sin que resulte fácil determinar el hecho punible concreto. Se pensó así que con la sanción de un texto legal que incriminara ya el dato fáctico de que el funcionario registrase un incremento patrimonial, sin que pudiera justificarlo por vía de ingresos por él declarados, se haría fácil probar el hecho delictivo”¹⁸. Es evidente que la dificultad probatoria de algunos delitos no puede justificar la introducción de un nuevo delito “más fácil” de probar”. No puede ser que las dificultades probatorias de otros delitos hayan terminado por justificar un atajo: en vez que el Estado acredite la sospecha de que los bienes provienen de un delito, se le impone al sospechoso la tarea de demostrar su inocencia¹⁹.

Se afirma en sentido parecido que el delito de enriquecimiento ilícito es un buen instrumento para recuperar los activos ilícitamente obtenidos por el funcionario²⁰. Esta tesis ignora que el ordenamiento jurídico cuenta con otros instrumentos que pueden ser incluso

16 (García de Enterría 2000, p. 108).

17 (Ampliamente sobre la Sentencia, Blanco Cordero, 2013, p. 9).

18 (Sancinetti, 1994, pp. 26 s.); Igualmente crítico, (Hernández Basualto, 2006, p. 194).

19 (Hernández Basualto, 2006, p. 194).

20 (Pérez López, 2012, p. 2); (Del Carpio, 2015, p. 56); (Fernández López, 2015, p. 438).

más eficaces —así entre otros el decomiso— y que no generarán los problemas que trae consigo este tipo penal. En mi opinión, la mayor o menor eficacia de la medida para recuperar los activos, no puede justificar la inclusión de un delito.

En conclusión, en mi opinión el delito de enriquecimiento ilícito no protege un bien jurídico diferenciado y específico que justifique su tipificación. Sobre este tema volveré cuando analice el delito concreto recogido en el nuevo 438 bis CP, puesto que el art. 438 bis CP ha sido redactado como un delito de desobediencia y ello obligará a matizar la cuestión.

2. Derecho a la presunción de inocencia

La razón por la que los países europeos han sido reacios a tipificar el delito de enriquecimiento ilícito ha sido la consideración de que este delito podía vulnerar la presunción de inocencia por invertir la carga de la prueba, así como el derecho a no declarar contra sí mismo. Incluso, como indicaba en la introducción, tanto la CNUCC como la CIC eximen a los Estados firmantes de la obligación de incluir este delito en sus legislaciones cuando consideren que puede chocar con su Constitución o con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico.

2.1. Tesis que plantean la vulneración de la presunción de inocencia y del derecho a no declarar contra sí mismo

Algunos autores consideran que la regulación del delito de enriquecimiento ilícito en la redacción de las normas internacionales puede suponer una violación del derecho a la presunción de inocencia y del derecho al silencio, por lo que es aconsejable actuar con prudencia en este ámbito²¹. Tal y como se ha indicado más arriba tanto el CUNCC como el CICC definen el delito de enriquecimiento ilícito como el incremento significativo del patrimonio por parte de un funcionario público que no puede ser razonablemente justificado por él.

El art. 24. 2 de la Constitución reconoce el derecho a la presunción de inocencia del acusado, el derecho a no declararse culpable y el derecho a no declarar contra sí mismo. El derecho a no declararse culpable y a no declarar contra sí mismos son dos caras de la misma moneda, en tanto son garantías del genérico derecho de defensa²². Estos derechos que pueden denominarse “derecho al silencio” son instrumentos de defensa del

ciudadano frente al Estado y frente a los posibles abusos que el Estado pudiera cometer en la tramitación del proceso penal²³. Así también lo reconoce el TC (SSTC 36/1983, 127/1992, 197/1995).

Para un sector doctrinal el delito de enriquecimiento ilícito vulnera estos derechos, porque invierte la carga de la prueba, haciendo que sea el acusado el que tenga que explicar y justificar la procedencia lícita del incremento patrimonial. Es tajante en este sentido Hernández Basualto que afirma que el delito de enriquecimiento ilícito vulnera la presunción de inocencia, puesto que es al imputado que se presume culpable, el que debe acreditar que no ha incurrido en ningún delito para enriquecerse. Además, afirma este autor que se invierte la carga de la prueba, resultando vulnerado el derecho a no autoincriminarse, puesto que si el imputado guarda silencio será castigado por no realizar la actividad probatoria tendente a demostrar que el incremento no proviene de un delito, en tanto que si proviene de un delito, se le compele, mediante amenaza penal, a confesarlo²⁴. También Fabián Caparrós entiende que el delito supone vulnerar el derecho a no declarar contra sí mismo porque el acusado se ve en la disyuntiva de elegir entre dos únicas opciones que le resultarán igualmente perjudiciales ya que le enfrentarán a una grave situación de indefensión: o bien negarse a dar explicaciones, arriesgándose con ello a una condena por enriquecimiento ilícito o bien confesar la procedencia de los bienes, asegurando entonces una condena por el delito precedente. Concluye Fabián Caparrós que la inversión de la carga de la prueba implica la vulneración de la presunción de inocencia y la exigencia de la justificación vulnera el derecho al silencio que ampara a todo acusado²⁵. En este sentido, afirma Rojas Pilcher que la ilicitud del comportamiento descansa en la incapacidad financiera para poder afrontar el valor de los bienes adquiridos, es decir en la imposibilidad de justificar la introducción de los bienes en el patrimonio. Surge la sospecha de que tales bienes tengan un origen ilícito, sin que se pueda demostrar la realización de un delito concreto. Por tanto, se deduce que la ilicitud de la conducta no recae en las conductas que originan el incremento patrimonial, sino en la falta de pruebas del origen lícito de los bienes. Ello demuestra que la conducta penal contiene una presunción de ilegalidad sobre la procedencia de los bienes que corresponderá desvirtuar al funcionario público²⁶. En resumen, estos autores afirman que las redacciones del delito de enriquecimiento ilícito par-

21 (Blanco Cordero, 2022, p. 62).

22 (Armenta Deu, 2019, p. 63).

23 (Fuentes Soriano, 2018, p. 6).

24 (Hernández Basualto, 2006, p. 196).

25 (Fabián Caparrós, 2019, p. 601).

26 (Rojas Pilcher, 2015, p. 220).

ten de una presunción que han de destruir los acusados, puesto que son quienes ostentan la obligación de demostrar el origen lícito de las rentas y/o bienes que incrementan su patrimonio²⁷.

Especialmente crítico se muestra Sancinetti al afirmar que el delito de enriquecimiento ilícito no respeta el principio de legalidad ni el Derecho Penal del acto; viola la presunción de inocencia y desconoce el principio de “*nemo tenetur*”²⁸. Le sigue también muy crítico Luis González que plantea que enriquecerse no es delito, sino que lo que se persigue es enriquecerse a través de la función pública, sin embargo, como no se pueden probar los delitos, por otro lado, perfectamente definidos en el CP (cohecho, malversación, etc.), se acude a otro delito de más fácil prueba. Concluye el autor indicando que se trata de un delito de sospecha figura penal del Medievo, que, ante la falta de comprobación de un delito, el acusado podía ser condenado por otro delito más leve ante la sospecha de que se hubiera cometido un delito²⁹.

En un sentido similar, el TC portugués al declarar la inconstitucionalidad de este delito, declaró que “de esta manera se presume el origen ilícito de los bienes del dato de la incongruencia e imputa al agente el delito, lo que se traduce, en opinión del tribunal en una clara violación del principio de presunción de inocencia”³⁰. También se expresan en sentido similar los votos particulares de la reciente Sentencia del TC chileno de 12 de enero de 2023 al afirmar que no puede negarse que un delito de estas características vulnera abiertamente el derecho a la presunción de inocencia, puesto que es el que se presume culpable el que debe acreditar que no ha incurrido en ningún delito para enriquecerse.

2.2. Tesis que defienden la constitucionalidad del delito

Otro sector doctrinal defiende la constitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito afirmando que no se vulneran los derechos de presunción de inocencia ni el derecho a guardar silencio del acusado. Afirma López Fernández que en el delito de enriquecimiento ilícito no se invierte la carga de la prueba, porque es la acusación la que debe probar el incremento extraordinario del patrimonio. Para ello deberá aportar indicios que avalen el origen ilícito del patrimonio. Por otro lado, continúa López Fernández que el silencio del acusado

no puede implicar por sí sólo la condena penal, lo que ocurre es que existiendo pruebas acusatorias sí que se espera que el acusado ejerza su derecho de defensa. En este sentido el acusado podrá demostrar o bien que no ha habido tal incremento significativo o el origen lícito del mismo. Recuerda la autora que las presunciones son legítimas desde un punto de vista constitucional. Las presunciones *iuris tantum* son derrotables, no plantean problemas siempre que no se apliquen de manera automática, deben motivarse y reunir los requisitos de la prueba indiciaria. Así en el delito de enriquecimiento ilícito: si está probado el incremento patrimonial desproporcionado y no está probado el origen lícito se presumirá el origen ilícito del patrimonio. No es necesario establecer el nexo entre el incremento y la actividad ilícita, porque ello es el núcleo de la presunción³¹. En sentido similar se manifiesta Asencio Mellado cuando afirma que si un funcionario incrementa su patrimonio durante su mandato cabe presumir que se ha enriquecido ilícitamente aprovechándose de su cargo, siendo él el único que puede acreditar el origen lícito de sus bienes. La carga de la prueba solo puede recaer en quien alega su existencia lícita. Entiende que es ilógico hacer recaer en la acusación la carga de probar los hechos negativos porque ello supone una prueba diabólica. Por tanto, acreditada por la parte acusadora la desproporción entre los ingresos lícitos y el patrimonio opera una presunción *iuris tantum* que le tocará al acusado desmontar, el acusado podrá desvirtuar la presunción acreditando la legalidad de su patrimonio. Afirma que las presunciones *iuris tantum* son muchas en el CP (detención ilegal, art. 379, en los delitos contra la salud pública presunciones sobre cuando es para el consumo la droga, o la LECrim art. 503 establece presunciones para asentar los riesgos que dan lugar a la prisión provisional)³².

Se cita, para apoyar los argumentos anteriores, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) cuando afirma que la acusación debe probar los hechos base de la presunción. Para algunos autores se cumple porque en el enriquecimiento ilícito debe probar el incremento desproporcionado del patrimonio y la falta de justificación atendiendo a los ingresos³³. Igualmente, el Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos (CEDH) no pone obstáculos a

27 En este mismo sentido, (Torres Vergara/Gabela Salvador, 2018, p. 211); (Sánchez Benítez, 2019, p. 13).

28 (Sancinetti, 1994, p. 27).

29 (Luis González, 2016, p. 73).

30 (Ampliamente Blanco Cordero, 2013, p. 10).

31 (López Fernández, 2015, p. 448 ss.). En el mismo sentido, (Blanco Cordero, 2013, p.12); (Del Carpio Delgado, 2015, p. 52); (Fuentes Soriano, 2018, p. 17). (Mir Puig, C., 2022, p. 295).

32 (Asencio Mellado, 2014, pp. 2 ss.).

33 (Asencio Mellado, 2014, p. 3); (López Fernández, 2015, p. 449 ss.); (Blanco Cordero, 2013, p. 12); (Blanco Cordero, 2017, p. 22); (Mir Puig, C. 2022, p. 295).

la aceptación de presunciones siempre que se respeten unos límites razonables. Ahora bien, la presunción de inocencia está sujeta a dos condiciones. En primer lugar, las presunciones han de ser razonables y preverse para supuestos excepcionales, de manera que la regla general sea la presunción de inocencia. Por otra parte, no pueden ser irrefutables, es decir deben ser *iuris tantum* que permita rebatir la presunción de la ilicitud del patrimonio. Además, la aplicación de la presunción no puede ser automática, así, por ejemplo, una aplicación automática del delito frente a todo incremento patrimonial no justificado vulneraría el principio de presunción de inocencia. Respecto al derecho a no declararse culpable, afirma el CEDH que no tiene carácter absoluto. Es decir, una condena no puede basarse exclusivamente en el silencio del acusado, pero cuando las pruebas presentadas contra un acusado exijan una explicación que esté en condiciones de dar y no lo haga, puede extraerse la conclusión de sentido común de que no existe ninguna explicación plausible y el acusado es culpable³⁴. En esta línea abunda Blanco Cordero cuando afirma que “el problema de la inversión de la carga de la prueba podría solucionarse si el delito no estuviera basado en la presunción de que el empleado público ha “mercadeado” con su cargo, sino en el menoscabo de un bien jurídico propio y claramente identificable que en este caso podría centrarse en la licitud y transparencia de los ingresos patrimoniales de los altos cargos públicos. A ello el autor propone añadirle algunos requisitos típicos como que exista una actividad clandestina y ocultadora de bienes, la posible inclusión de una cuantía económica mínima e incluso restringir el círculo de sujetos activos a aquellos altos cargos obligados a declarar sus activos e ingresos a efectos del control público”³⁵. La Sentencia del TC chileno de 12 de enero de 2023 considera salvada la presunción de inocencia por la redacción del art. 241 bis en su inciso tercero que expresamente sostiene: “La prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público”, afirma el TC chileno que este inciso descarta que el imputado se encuentre obligado a aportar prueba de descargo y con ello queda claro que no se vulnera la regla de prueba que impone el principio de inocencia. Afirma el TC chileno que no es del todo cierto que se imponga con esta regla una “prueba diabólica” para la acusación, porque

el Ministerio Público siempre podrá demostrar un hecho positivo como es el origen ilícito del incremento patrimonial, o bien podrá desvirtuar todos los orígenes lícitos del incremento patrimonial, de modo que sólo quepa concluir, más allá de toda duda razonable, que tal incremento proviene de orígenes ilícitos.

2.3 Opinión personal

Es indudable que en el CP se regulan presunciones. Gómez Rivero da muestra de la regulación en el CP de múltiples presunciones³⁶. Como primera afirmación por tanto se podría decir que las presunciones *iuris tantum* y por tanto rebatibles se admiten en Derecho penal. Y también puede afirmarse que el delito de enriquecimiento ilícito en la redacción otorgada por las normas internacionales parte de una presunción *iuris tantum*, que es que el incremento excesivo del patrimonio del funcionario no razonable en virtud de sus ingresos legítimos, es un incremento ilícito. En principio se trata de una presunción *iuris tantum*, pero la cuestión es si es suficiente para considerarla aceptable, esto es, si resulta acorde con la presunción de inocencia, que la acusación sólo tenga que acreditar el incremento patrimonial y la no concordancia entre dicho incremento y los ingresos legítimos del sujeto, sin aportar ningún indicio más acerca de la posible ilicitud del incremento patrimonial.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que el CEDH exige dos condiciones para justificar una presunción *iuris tantum*. Por un lado, la presunción debe ser razonable, esto es proporcionada al fin legítimo perseguido, lo que requiere valorar la necesidad. Dudo de la necesidad del delito de enriquecimiento ilícito porque considero que el ordenamiento jurídico cuenta con medios suficientes —incluso más eficaces— para lograr el fin que se persigue, que no es otro sino el de evitar que el funcionario se enriquezca de manera ilegítima. La segunda condición es la exigencia de que la aplicación de la presunción no sea automática. Se insiste por parte de la doctrina, que defiende la constitucionalidad del delito, en que la acusación deberá demostrar el carácter extraordinario del incremento patrimonial, pero no tiene que demostrar que el origen es ilícito, sino que solo tendrá que acreditar que, según los ingresos legítimos del funcionario, el incremento del patrimonio del funcionario no es razonable. De ahí se derivará la respon-

34 (Ampliamente sobre la doctrina del TEDH y el CEDH, Blanco Cordero, 2017, págs. 20 ss.)

35 (Banco Cordero, 2017, p. 33).

36 (Gómez Rivero 2012) Esta autora hace una clasificación entre las distintas presunciones y las divide en grupos de casos 1) presunciones orientadas al adelantamiento de la intervención penal (delitos de peligro abstracto, delitos de acumulación). Presunciones orientadas a conseguir la igualdad en el tratamiento de autores donde se ventila su capacidad de culpabilidad (edad de responsabilidad para los menores, sin tener para nada en cuenta su grado de madurez). O por ejemplo la presunción de que son abusos sexuales no consentidos los actos sexuales sobre menores de 12 años (ahora 16). Delitos contra la seguridad del tráfico donde se castiga sobre la base de la suposición de su lesividad sin importar la efectiva concurrencia o no de una situación de riesgo.

sabilidad penal por el delito de enriquecimiento ilícito salvo que el acusado pueda probar el origen lícito, lo que a mi modo de ver puede suponer una aplicación automática del delito y una vulneración de la presunción de inocencia. Debería exigirse que al menos de forma indicaría se tuviera que probar el origen ilícito del incremento patrimonial. No considero que ello sea una “prueba diabólica”. Entiendo que la acusación no pueda demostrar que el patrimonio no tiene un origen lícito, puesto que no puede desvirtuar todos los posibles orígenes lícitos del patrimonio, pero sí que debería demostrar un hecho positivo, como es que la ganancia tiene un origen ilícito, aunque fuera a través de indicios. De hecho, como se verá más adelante, en el decomiso ampliado, arts. 127 bis, 127 quinquies y 127 sexies, se recogen indicios de ilicitud de las ganancias.

En todo caso, el art. 438 bis incorporado al CP por la LO 14/2022, precisamente para evitar posibles escollos de inconstitucionalidad se separa de las redacciones de las normas internacionales y opta por tipificar un delito de desobediencia. En el apartado siguiente, al analizar el tipo, volveré a reflexionar sobre si con esta redacción se salvan en efecto estas dificultades.

III. ART. 438 BIS CP

1. Propuestas precedentes y alguna legislación comparada

Como he mencionado más arriba, en España ha habido, por parte de diferentes grupos parlamentarios, propuestas legislativas de este delito. No me detendré en todas ellas, porque han sido ampliamente referenciadas por la doctrina³⁷. Únicamente haré referencia a una de ellas, a la propuesta del grupo parlamentario de Unión Progreso y Democracia (UPyD) que se diferencia del resto y que sin embargo tiene elementos comunes al delito finalmente incorporado en el art. 438 bis CP. La propuesta rezaba: “Art. 445 ter. Los Altos Cargos a los que se refiere la Ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, así como todos los Cargos públicos electos directamente o por designación que, *al ser debidamente requeridos* a tal efecto por la Oficina de Conflictos de intereses regulada en la ley reguladora del ejercicio de alto cargo

de la Administración General del Estado o por la Administración de Justicia, *no justificaren la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable* suyo o de persona interpuesta con el fin de ocultarlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de su cargo y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño, serán castigados con la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años. Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones. La misma pena se impondrá a la persona interpuesta para ocultar el enriquecimiento”.

En parecidos términos regula el CP Argentino³⁸ el delito de enriquecimiento ilícito en su art. 268.(2): “Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño. Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho”.

Por su parte Portugal, el *Projeto de lei n.º 805/XI-V/2.ª (BE) – Cria o crime de enriquecimento injustificado e ocultação de riqueza*, recoge en el art. 18.A: “1 – Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18, la falta de presentación de la declaración prevista en el artículo 13.³⁹ después de la notificación, será castigado, como delito de desobediencia calificada, con pena privativa de libertad hasta 3 años. Además, el punto 2 agrava la pena: “Quien omita en las declaraciones presentadas, con la intención de ocultarlo: ii. El aumento de ingresos, activos patrimoniales o reducción de pasivos, así como los hechos que les dieron origen, de conformidad

37 (Del Carpio Delgado, 2015, pp. 58 ss.); (Blanco Cordero, 2017, pp. 11 ss.); (Sánchez Benítez, 2019, pp. 4 ss.); (Mir Puig, C., 2022, pp. 286 ss.).

38 Para una exposición amplia de las regulaciones de otros países, (Del Carpio Delgado, 2015, pp. 20 ss.).

39 La nueva ley, —Tercera modificación de la Ley 52/2019, de 31 de julio, por la que se amplía el obligaciones declarativas y el recrudescimiento del delito de encubrimiento de enriquecimiento—, aprobada el 19 de noviembre de 2021 parte de las propuestas de ocho partidos y una diputada no inscrita tipifica el llamado “enriquecimiento ilícito” de los cargos políticos y públicos, que estarán obligados a declarar cualquier aumento de patrimonio que supere 50 veces el salario mínimo. También tendrán que declarar las promesas de ventaja patrimonial —cuando se pacte recibir esa cantidad en el futuro— realizadas durante su mandato o en los tres años siguientes o si se ha producido una reducción de su deuda superior a ese montante.

con el apartado 6 del artículo 14⁴⁰, será castigado con pena privativa de libertad de 1 a 5 años, si el hecho no tuviera consecuencias punitivas más graves”.

La propuesta legislativa de UPyD así como la regulación del CP argentino recogen como conducta típica la no justificación de un incremento apreciable de patrimonio cuando el sujeto es requerido a justificarlo. En principio, se trata en ambos casos de un delito de desobediencia porque el núcleo de la conducta radica en no atender el requerimiento debido. Por su parte, la regulación portuguesa recoge de forma genérica como delito de desobediencia la no presentación de la declaración obligatoria —art. 13— de bienes cuando dicha declaración haya sido requerida y por otra parte agrava la pena cuando en dicha declaración se detecte la omisión de la recepción de ingresos o la reducción de pasivos por importe superior a 50 salarios mínimos (886,7 euros al mes).

El art. 438 bis CP recién incorporado sigue la línea de la propuesta y del CP argentino y también, aunque en menor medida, la legislación portuguesa⁴¹.

Sin embargo, como se analizará a continuación, la configuración del tipo como un delito de desobediencia genera dificultades interpretativas, básicamente porque no queda clara la relevancia otorgada a carácter lícito o ilícito del incremento patrimonial. Y es aquí donde puede plantearse la cuestión de si es sinónimo o no hablar de “delito de enriquecimiento ilícito” y delito de enriquecimiento injustificado”.

Adelanto que, dado que el tipo recogido en el art. 438 bis se ha incorporado muy recientemente al CP, las tesis que se mantienen en este trabajo no son del todo concluyentes y que probablemente se plantean más dudas y cuestiones que soluciones.

2. Ubicación del art. 438 bis CP ¿relevancia?

El art. 438 bis CP se ubica en el Título XIX del CP, entre los delitos contra la Administración Pública. Se incluye en el capítulo VIII de los fraudes y exacciones ilegales. De la ubicación cabe deducir que el legislador está configurando este delito como un delito contra la Administración Pública y se puede cuestionar si dicha ubicación tiene alguna relevancia. La pregunta es si se exige que el incremento patrimonial del sujeto pueda provenir de cualquier causa ilícita o si debe circunscribirse a un enriquecimiento derivado de su cargo público. Así, si se opta por la primera opción, cabría apreciar el delito, por ejemplo, en aquel caso en el que el incremento de 250.000 euros por encima de sus ingresos proviniera del tráfico de drogas, de trata de personas, prostitución, etc. sin que dicha actividad tuviera relación con su cargo público⁴². A favor de esta interpretación está el hecho de que la redacción del tipo no recoge de forma expresa el requisito de que el incremento del patrimonio tenga relación con el cargo público de la autoridad autora del delito. A diferencia de otros delitos, véase por ejemplo el delito de cohecho en el que se recoge expresamente que el acto (justo o injusto) al que se compromete el funcionario forme parte del ejercicio de su cargo. O en los delitos de fraudes y exacciones ilegales donde se exige que el funcionario intervenga por razón de su cargo, en el art. 438 bis no hay ninguna referencia al cargo. A diferencia, por ejemplo, del CP peruano que en su art. 401 hace referencia expresa a que el funcionario incremente su patrimonio abusando de su cargo⁴³. Esto hace que la doctrina peruana afirme que la figura del enriquecimiento ilícito únicamente sea entendible en el ámbito del ejercicio de la función pública y que delimiten como fuente del enriquecimiento el ejercicio de la función pública. Así se considera que no será objeto del art. 401 aquel enriquecimiento que provenga de una conducta que el funcionario realice al

40 El art. 14.6 dispone: “Las declaraciones previstas en este artículo deberán indicar los hechos que dieron lugar a un aumento en los activos de capital, una reducción en los pasivos o un aumento en los beneficios activos futuros, cuando sea en un monto superior a 50 salarios mínimos nacionales en efectivo en la fecha del estado de resultados”.

41 No hago mención expresa a la regulación francesa. Sobre ella ampliamente (Del Carpio Delgado, 2015, pp. 53 ss.) Pero considero que el Derecho penal francés tiene una tradición diferente. Hasta 1992 se recogían los “delitos materiales” que eran formas de responsabilidad objetiva, por lo que la posible discusión acerca de la legitimidad de las presunciones sea mucho menor (Hernández Basualto, 2006, pp. 198 s.).

42 En este sentido, la legislación francesa en la Ley relativa a la lucha contra el terrorismo y la adopción de diversas disposiciones relativas a la seguridad y a los controles fronterizos de 2006 incluye el delito de no justificación de bienes. El art. 24 recoge: el hecho de no poder justificar de recursos que se corresponden con el nivel de vida o de no poder justificar el origen de un bien que se posee, mientras se mantiene una relación habitual con una o más personas que se dedique a la comisión de delitos castigados al menos con cinco años de prisión y que le reporte un beneficio directo o indirecto. Y a continuación agrava las penas cuando los delitos de los que se beneficia el sujeto sean cometidos por un menor de edad, cuando se trate de delitos de tráfico de personas, extorsión, relacionados con el tráfico de armas, contra la seguridad interior y tráfico de drogas. (Ampliamente, Del Carpio Delgado, 2015, pp. 53 ss.).

43 En este sentido el CP peruano recoge: “Artículo 401”.— El funcionario o servidor público que, *abusando de su cargo*, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”.

margen de su cargo (delitos comunes como el tráfico de droga, robo, etc.) donde resulte irrelevante el ejercicio o no del cargo público⁴⁴.

Sin embargo, a pesar de que el art. 438 bis es menos expreso que el art. 401 del CP peruano, se puede aludir a varios elementos que dan pistas sobre la relación del incremento del patrimonio con el cargo público. El primer elemento sería la ubicación del precepto en el Título XIX entre los delitos contra la Administración Pública. El segundo elemento es que se trata de un delito especial que sólo puede cometerse por una autoridad pública. ¿Qué sentido tiene reducir el ámbito de posibles autores si no es para evitar que dichos sujetos abusen de su cargo público para enriquecerse? El CP da importancia a estos sujetos precisamente porque desempeñan funciones públicas. El tercer elemento es el elemento temporal incluido en el tipo penal. El precepto, al incluir el ámbito temporal, hace referencia a que el incremento patrimonial se produzca *durante el desempeño de su función o cargo y hasta cinco años después de haber cesado en ellos*, lo que parece también relacionarse con que haya algún tipo de conexión entre el ejercicio del cargo y el incremento ilícito del patrimonio. Igualmente se impone como pena principal, además de la pena de prisión, una pena de inhabilitación para empleo o cargo público.

Sin embargo, en mi opinión, atendiendo a la literalidad del tipo la relación entre el incremento patrimonial y el posible abuso del cargo no será exigible, puesto que para la aplicación del delito será irrelevante de dónde procede dicho incremento. Es verdad que lo más habitual será que las autoridades obtengan el incremento patrimonial abusando de su cargo, esto es, utilizando su cargo de alguna manera, pero ello no es condición necesaria para la posible aplicación del tipo penal.

3. Conducta típica

El art. 438 bis CP sanciona a la autoridad pública que hubiera obtenido un incremento patrimonial o una cancelación de obligaciones o deudas por un valor superior a 250.000 euros respecto a sus ingresos acreditados, y se negara abiertamente a dar el debido cumplimiento a los requerimientos de los órganos competentes destinados a comprobar su justificación. Se trata de un delito de desobediencia porque la conducta típica consiste en negarse abiertamente (desobedecer) a cumplir con los requerimientos de los órganos competentes.

Son varios los requisitos que se pueden señalar:

3.1. Incremento patrimonial (tanto por ingresos como por cancelación de pasivos) superior a 250.000 euros respecto de sus ingresos autorizados

El precepto marca como elemento del tipo⁴⁵ una cantidad fija, en vez de utilizar expresiones más ambiguas como “incremento excesivo”, “incremento apreciable”, “incremento significativo” o “incremento con significativo exceso”. Estas expresiones pueden ser difíciles de concretar y además pueden suponer que se sancionen penalmente incrementos pequeños o incluso insignificantes. En este sentido, algunos autores afirman que, ante cualquier duda, los tribunales podrían aplicar el principio de insignificancia para excluir la tipicidad cuando el incremento no fuera una suma relevante⁴⁶. Es cierta esta afirmación, pero puede haber incrementos sobre los que, que, sin ser insignificantes, haya dudas sobre si son significativos.

En mi opinión es una mejor técnica la de utilizar una cifra fija, porque otorga al precepto mayor seguridad jurídica⁴⁷. Es una cifra que la ley considera excesiva y a partir de la que se considera más grave su no justificación. Las cuantías fijan la gravedad objetiva de la conducta⁴⁸. Es, por otro lado, la técnica utilizada en otros delitos, como el delito fiscal (art. 305 CP cuota defraudada superior a 120.000 euros); delito de financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis CP la donación prohibida debe superar los 50.000 euros), fraude a los presupuestos generales de la UE (art. 306 CP fraude superior a 50.000 euros) o el delito de fraude de subvenciones (art. 307 CP fraude superior a 50.000 euros).

El incremento patrimonial por más de 250.000 euros es el requisito previo que debe cumplirse para que la negativa de la autoridad al requerimiento del órgano competente tenga efectos penales. La acusación deberá demostrar que se ha producido un incremento patrimonial, bien por ingresos o bien por cancelación de deudas superior a 250.000 euros y que dicho incremento no es explicable teniendo en cuenta los ingresos del sujeto.

3.2. Delito de desobediencia

La conducta consistirá en negarse abiertamente a dar el debido cumplimiento a los requerimientos de los órganos competentes destinados a comprobar su justificación. Debe haber una negativa al requerimiento efectuado por los órganos competentes, por lo que creo que se exige una acción positiva, no bastando la simple omisión, sino una negativa además abierta, por

44 (García Cantizano, 2020, 117 ss.).

45 Entiendo que no es una condición objetiva de punibilidad, sino un elemento del tipo que debe ser abarcado por el dolo del sujeto.

46 (Pérez López, 2012, p. 9); (Del Carpio Delgado, 2015, p. 48).

47 (Blanco Cordero, 2013, p. 34).

48 (Gómez Rivero, 2017, p. 73).

tanto, clara, expresa y terminante⁴⁹. Se trata de un delito de desobediencia. La configuración del delito como un delito de desobediencia había sido reclamado por algunos autores por considerarlo más garantista, dado que, de esta forma, la penalización no derivaría de una presunta ilicitud previa, sino del quebrantamiento comprobado de un deber corporativo que afecta a los servidores públicos por el hecho de serlo⁵⁰. En este sentido, afirma Quintero Olivares que lo que se ha creado no es un delito de tenencia injustificada de bienes, con lo que ello implicaría de presunción contra reo, sino exclusivamente una modalidad de desobediencia. Opina este autor que se trata de un delito que no daña la presunción de inocencia y que no es un delito de sospecha⁵¹.

Sin embargo, en mi opinión esta configuración como delito de desobediencia puede plantear algunos problemas. Para empezar, la configuración del delito como delito de desobediencia implicará que no estemos ante un delito de “enriquecimiento ilícito” sino ante un delito de “enriquecimiento injustificado”. Los autores anteriores parece que defienden que el injusto radica en la omisión de justificar el origen del enriquecimiento, siendo irrelevante las conductas previas (el incremento patrimonial). Se sanciona la negativa por parte del sujeto a obedecer un requerimiento, en consecuencia, se podría entender que se reprime la infracción de un deber que pesaría sobre las autoridades, el deber de justificar en todo momento su situación patrimonial. La acción relevante no es, por tanto, la de enriquecerse de manera ilícita, sino la de no justificar la procedencia del enriquecimiento, por lo que la ley no consagra una presunción, sino que impone un deber y sanciona su incumplimiento. Tal y como está redactado el tipo, parece la propuesta más coherente con la literalidad del precepto.

Lo anterior llevaría a que si el sujeto da respuesta a los requerimientos (aportando la documentación requerida) y de los documentos se deduce que el incremento patrimonial es ilícito, en la medida en que ha respondido al requerimiento, no se ha negado, y por tanto no cabrá apreciar el delito de enriquecimiento ilícito/injustificado. En el mismo sentido, si el sujeto no responde al requerimiento, pero durante el proceso se descubre por otros medios que el incremento del patrimonio es ilícito, podría apreciarse el delito.

Esta interpretación es acorde con el tenor literal y con la consideración de la transparencia como bien ju-

rídico. Es decir, los ciudadanos tenemos el derecho a conocer de manera clara cuál es y de dónde procede el patrimonio de determinados altos funcionarios (las autoridades). Se tipifica de esta manera el quebrantamiento de un deber formal (formal en el sentido de considerar irrelevante si materialmente el funcionario se ha enriquecido indebidamente o no).

En consecuencia, lo anterior lleva a considerar irrelevante si el incremento es ilícito o lícito. Creo que es importante señalar que la obligación de declarar el patrimonio o la declaración de IRPF viene ya regulada, por ejemplo, en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado y en las correspondientes leyes autonómicas. La Ley 3/2015 de naturaleza administrativa ya tipifica como infracción muy grave la presentación de declaraciones con datos o documentos falsos y como infracción grave la no declaración de actividades y de bienes y derechos patrimoniales en los correspondientes Registros, tras el apercibimiento para ello, y la omisión deliberada de datos y documentos que deban ser presentados conforme a lo establecido en esta ley. Por tanto, la transparencia aparece protegida en esta normativa.

La pregunta es si el CP también debe quedarse en la protección de la transparencia o debería requerirse algo más para que la conducta pudiera constituir delito. Como ya he explicado más arriba no considero lo transparente en sí misma como un bien jurídico penalmente protegible, sino una herramienta/instrumento para proteger bienes jurídicos.

La reciente Sentencia del TC chileno de 12 de enero de 2023 plantea que la expresión “injustificado” debe ser interpretado a la luz de la expresión “indebido”. Tal expresión hace imposible sostener, a juicio del Tribunal, que en el marco del precepto existan enriquecimientos injustificados, pero lícitos o enriquecimientos lícitos pero justificados. Es verdad que no se trata de un delito de desobediencia porque la conducta típica consiste en: “obtener un incremento patrimonial relevante e **injustificado**”, pero el TC considera que estará injustificado el patrimonio en el que el sujeto se limite a “explicar” de dónde viene el patrimonio, sino que será necesario que el patrimonio esté justificado en términos de licitud⁵².

En el caso español, entiendo que el requerimiento consiste en la exigencia de que el sujeto explique/jus-

49 (Muñoz Conde, 2019, p. 893).

50 (Fabián Caparrós, 2019, p. 601).

51 (Quintero Olivares, 2022, p. 2).

52 La argumentación del TC de Chile viene basada en el art. 241 bis del CP chileno que reza: “El empleado público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial relevante e injustificado, será sancionado con multa equivalente al monto del incremento patrimonial indebido y con la pena de inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en sus grados mínimo a medio./Lo dispuesto en el inciso precedente no se aplicará si la conducta que dio origen al incremento patrimonial indebido

tifique el incremento patrimonial y la pregunta es qué se entiende por explicar o justificar. Esto es, si es suficiente con dar cumplimiento formal al requerimiento o si es necesario que la explicación consista en justificar en el sentido de “demostrar” la licitud del incremento patrimonial. Según el DRAE el verbo explicar en su segunda acepción significa: “Hacer conocer la razón o la causa de cierta cosa” y el verbo justificar significa: “Probar algo con razones convincentes, testigos o documentos”.

En todo caso, cualquiera de las dos tesis trae aparejados problemas. Si se considera que es suficiente con que el sujeto conteste formalmente al requerimiento sin que sea exigible que explique el origen lícito del incremento, ello dará lugar a la consideración como irrelevante del origen lícito o ilícito del incremento patrimonial, esto nos separa de la normativa internacional y puede llevar a consecuencias un tanto absurdas además de considerar como bien jurídico la transparencia que ya está protegido en la norma administrativa (a mi modo de ver de forma más adecuada). Por el contrario, si se acepta que es necesario que el sujeto demuestre el origen lícito del incremento patrimonial para considerar que ha cumplido debidamente con el requerimiento, se plantea el problema de la posible vulneración de la presunción de inocencia, puesto que el sujeto que haya obtenido una ganancia ilícita no podrá de ninguna manera salvarse de cometer el delito, ya que responda o no responda lo habrá cometido. Además, se repite la discusión explicada más arriba en el sentido de que se producirá una aplicación automática del precepto⁵³.

3.3. *Requerimiento por parte de órganos competentes*

La segunda duda tiene que ver con la indefinición del precepto. Se mencionan los siguientes elementos típicos: “debido cumplimiento” y “los requerimientos de los órganos competentes”, sin mayor aclaración sobre cuáles son estos órganos competentes ni a qué deber se refiere. Puede ser interesante a este respecto la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. En esta ley se impone a los Altos Cargos de la Administración General del Estado (definidos en el art. 1) la obligación de declarar su última declaración de Patrimonio si tienen obligación de hacerla y la última declaración de IRPF a los tres meses de su toma posesión y cese (art. 17). Por otra parte, la ley regula la Oficina de Conflictos de intereses (art. 19), adscrita al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, definiéndola como el órgano de vigilancia y control e incluyendo entre sus funciones: “Requerir a quienes sean nombrados o cesen en el ejercicio de un alto cargo de la Administración General del Estado el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta ley”. Además, en el art. 23 de la Ley se incluye como función de la Oficina el examen de la situación patrimonial de los Altos Cargos al finalizar su mandato. Concretamente, verificará el adecuado cumplimiento de las obligaciones previstas en la ley, así como *la existencia de indicios de enriquecimiento injustificado teniendo en consideración los ingresos percibidos a lo largo de su mandato y la evolución de su situación patrimonial*. Si derivado de ello pudiera haber indicios de responsabilidad administrativa o penal dará traslado a los órganos competentes para que inicien los procedimientos oportunos⁵⁴.

constituye por sí misma alguno de los delitos descritos en el presente Título, caso en el cual se impondrán las penas asignadas al respectivo delito./La prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público”.

53 Un problema añadido, que sólo señalaré brevemente es qué consecuencia tendrá para el sujeto que responde al requerimiento declarando la comisión de otro delito (por ejemplo, declara que el incremento proviene de un soborno). Es importante en este punto tener en cuenta que el derecho a la no autoincriminación implica que, en un proceso penal, la acusación debe fundamentar su argumentación sin recurrir a elementos de prueba provenientes del acusado, obtenidos mediante coacción o presiones. Una persona se autoincrimina cuando pone en conocimiento del órgano sancionador informaciones o datos que éste desconocía y no tenía otra manera de averiguar y en los cuales puede fundarse su condena (Extensamente, Palao Taboada, 2008, pp. 117 ss.).

54 Por otra parte, esta ley recoge como infracción muy grave la presentación de declaraciones con datos o documentos falsos (art. 25.1 b) y como infracción grave la no declaración de actividades y de bienes y derechos patrimoniales en los correspondientes Registros, tras el apercebimiento para ello (art. 25.2 a). Por su parte el art. 26 recoge el catálogo de sanciones. Art. 26. 1. Las infracciones muy graves y graves serán sancionadas con la declaración del incumplimiento de la ley y su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» una vez haya adquirido firmeza administrativa la resolución correspondiente/2. La sanción por infracción muy grave comprenderá, además: a) La destitución en los cargos públicos que ocupen, salvo que ya hubieran cesado en los mismos/b) La pérdida del derecho a percibir la compensación tras el cese prevista en el artículo 6 en el caso de que la llevara aparejada/c) La obligación de restituir, en su caso, las cantidades percibidas indebidamente en relación a la compensación tras el cese. 3. Lo dispuesto en este Título se entiende sin perjuicio de la exigencia de las demás responsabilidades a que hubiera lugar. A estos efectos, cuando aparezcan indicios de otras responsabilidades, se ordenará a la Abogacía General del Estado que valore el ejercicio de otras posibles acciones que pudieran corresponder, así como, si procede, poner los hechos en conocimiento del Fiscal General del Estado por si pudieran ser constitutivos de delito. 4. Las personas que hayan cometido las infracciones tipificadas como graves o muy graves en esta ley no podrán ser nombradas para ocupar un alto cargo durante un periodo de entre 5 y 10 años”.

En términos similares recogen la obligación de declarar los bienes las distintas leyes de Altos Cargos de las Comunidades Autónomas, así como en relación a los parlamentarios el Reglamento del Congreso de 24 de febrero de 1982 (art. 18), Reglamento del Senado de 3 de mayo de 1994 (art. 26), o los Reglamentos de las Asambleas autonómicas.

Entiendo que estas normas definen el deber de declarar los bienes ante la Oficina de Conflictos y la consecuente posibilidad de la Oficina de requerir el cumplimiento de dicha obligación.

Desde la Oficina de Conflictos dará traslado a los órganos competentes de los posibles incumplimientos a fin de que se inicien los correspondientes procedimientos. Por otro lado, en términos generales se podrá afirmar que tanto la Administración tributaria como los órganos judiciales serán órganos competentes para requerir una justificación de los bienes de un ciudadano y que el ciudadano requerido tendrá el deber de responder al requerimiento.

3.4. Autor: Autoridad

Llama la atención que el precepto incluya únicamente como posibles autores a las autoridades (no a los funcionarios públicos). En el Título XIX donde se ubica este delito, todos los delitos especiales incluyen a los funcionarios públicos y a las autoridades, por lo que, en este aspecto, el art. 438 bis CP supone una excepción. Probablemente el legislador considere que sólo determinados altos funcionarios tienen un especial deber de transparencia.

El concepto de autoridad viene definido en el art. 24.1 CP como aquella persona que por sí solo o como miembro de una corporación tenga mando o ejerza jurisdicción propia. Por mando, la doctrina mayoritaria entiende la potestad de reclamar obediencia⁵⁵. La Jurisdicción implica la potestad de resolver los asuntos sometidos a la consideración del funcionario público que implique la aplicación del Derecho objetivo. Exige el precepto que la jurisdicción sea propia. En el ámbito judicial ello no plantea problemas porque todo juez tiene jurisdicción propia. En la esfera administrativa no se considerará autoridad al funcionario que resuelve asuntos por jurisdicción delegada. Esta se caracteriza porque puede revocarse y porque no se puede delegar sucesivamente (art. 9 Ley 40/2015, de 1 de octubre). El art. 24.1 CP incluye expresamente en el concepto de autoridad a los miembros de las Cámaras Legislativas (Congreso, Senado, Cámaras autonómicas y del Par-

lamento Europeo), lo que, en realidad, en mi opinión no era necesario puesto que dichos miembros venían siendo considerados autoridad por entender que ejercían mando con la función de legislar y con el control político al gobierno⁵⁶. En contra, Roca Agapito considera que los miembros de las Cámaras legislativas no tienen mando ni ejercen jurisdicción propia, por lo que el CP hace es tratar como autoridad a personas que de otra manera no podrían ser consideradas como tales⁵⁷. Tampoco Quintero Olivares considera superflua la mención porque afirma que los Cuerpos de los Legisladores, aunque en el fondo son órganos colegiados, no deben ser así calificados, pues la palabra órgano es preferentemente aplicable a la Administración Pública⁵⁸. El CP incluye también a los funcionarios del Ministerio Fiscal, pues de no haberlo hecho carecerían de la condición de autoridad, porque salvo los fiscales jefe, todos los demás actúan por delegación.

Podría pensarse que el CP ha considerado que son los “altos cargos” los que, conforme a las leyes de Altos Cargos (estatal y autonómicas) son las personas sobre las que recae el deber de transparencia y las posibles autoras del delito. Ello no es exactamente así, porque como se ha dicho, por ejemplo, los funcionarios del Ministerio Fiscal y los Jueces y Magistrados ostentan la condición de autoridad, conforme al art. 24.1 CP, y podrían ser autores del delito, pero sin embargo no se incluyen entre los altos cargos de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

Por otro lado, habría que analizar si los altos cargos recogidos en el art. 1 de la Ley 3/2015 ostentan la condición de autoridad, atendiendo a si tienen jurisdicción propia o delegada y si tienen mando. En principio, a falta de un estudio más profundo, parece que no todos los altos cargos señalados en la Ley 3/2015, ostentan la condición de autoridad, porque conforme a la organización jerárquica regulada en el art. 11 de la Ley 40/2015, no todos tendrán jurisdicción propia. Probablemente habrá que diferenciar entre los órganos superiores (los Ministros y los Secretarios de Estado) y los órganos directivos (los Subsecretarios y Secretarios generales, los Secretarios generales técnicos, los Directores generales y los Subdirectores generales y los embajadores). Tanto los órganos superiores como los órganos directivos (salvo los subdirectores generales) ostentan la condición de alto cargo, pero los órganos directivos dependen jerárquicamente de los órganos superiores, por lo que ejercerán jurisdicción delegada y no propia. Habría

55 (Queralt Jiménez, 1985, p. 495); (Olaizola Nogales, 1999, p. 171); (Javato Martín, 2011, p. 186); (Roca Agapito, 2013, p. 176).

56 (Olaizola Nogales, 1999, p. 172); (Javato Martín, 2011, p. 168).

57 (Roca Agapito, 2013, pp.181 s.).

58 (Quintero Olivares, 2022, 4).

que valorar, caso por caso, si disponen de mando, cuestión, cuando menos controvertida.

Lo cierto es que no se acaba de entender por qué el delito reduce el ámbito de autores a las autoridades en vez de extenderlo a los funcionarios públicos (que por cierto incluirían a las autoridades). En el derecho comparado hay algunos países que regulan este delito como un delito común, aplicable a cualquier ciudadano —por ejemplo, Colombia, Francia— y otros lo tipifican como delito especial —por ejemplo, Perú, Chile—, pero siempre incluyendo a todo funcionario público, incluso a personas que, sin ser funcionarios públicos según la legislación de sus países, ejercen un cargo o desempeñan una función pública —Costa Rica—. Las convenciones, tanto la CNUCC recoge el “incremento significativo del patrimonio del funcionario público” y de igual manera la CICC menciona el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso”. Además, las convenciones recogen un concepto muy amplio de funcionario público, pues incluye a cualquier persona que desempeña una función pública o servicio público⁵⁹.

3.5. *Ámbito temporal*

El delito abarca el incremento patrimonial superior a 250.000 euros que se obtenga *durante el desempeño de su función o cargo y hasta cinco años después de haber cesado en ellos*. El periodo temporal se alarga hasta cinco años después de haber cesado en el cargo. En las convenciones internacionales no se indica ningún ámbito temporal relevante a efectos de controlar el incremento patrimonial del sujeto. En algunas legislaciones de Derecho comparado se limita el tiempo al espacio temporal durante el que el funcionario ocupa el cargo —Ecuador o Bolivia—. En otros, como en nuestro caso, se añade además un espacio temporal posterior. Por ejemplo, en el caso argentino se extiende a dos años después de haber cesado en el cargo, pero en los casos de Colombia, Guatemala y Panamá, el periodo se extiende a los cinco años posteriores a haber cesado. La consideración de si es razonable un espacio temporal u otro creo que depende de lo que se considere que pueda durar el “peligro” de que el sujeto pueda seguir utilizando y/o abusando de su cargo para obtener beneficios ilícitos. Entiendo que la opción de ampliar el tiempo más allá de la duración estricta del cargo es adecuada y coherente con otras limitaciones recogidas en nuestra regulación. Así, por ejemplo, la Ley 3/2015, en su art. 15, prohíbe a los altos cargos, durante los dos años siguientes a la fecha de su cese, que presten servicios en

entidades privadas que hayan resultado afectadas por decisiones en las que hayan participado. Se trata de evitar el peligro de las puertas giratorias, que se producen cuando el funcionario deja su puesto en el sector público y pasa a ocupar un cargo en el sector privado. En estos casos se generan dos tipos de problemas o riesgos.

Por un lado, el funcionario que pasa a ocupar un cargo en el sector privado lleva consigo información muy sensible y un conocimiento específico, así como contactos que puede beneficiar a la empresa a la que accede, poniendo en riesgo no solo a la actividad pública, sino al resto de empresas del sector que no disponen de tal información, conocimiento y contactos. Además, como segundo riesgo, estas puertas de salida pueden haber generado previamente conductas irregulares por parte del empleado público que ha podido beneficiar a la empresa durante su servicio público para poder optar posteriormente a un cargo en ella. El Informe del GRECO de 2014 indica que la posibilidad de ocupar un alto cargo en el sector privado después de ocupar la función pública opera para algunos funcionarios como incentivo para beneficiar a un futuro empleador. Además, recuerda el Informe que los sectores privados tanto en las puertas de entrada como de salida, suelen ser sectores de áreas muy sensibles a la regulación estatal: finanzas, farmacéuticas, salud o energía que mueven importantes sumas de dinero.

Por tanto, reitero que me parece adecuado extender el ámbito temporal más allá del tiempo estricto en el que sujeto ocupe el cargo o desempeñe la función pública, y en cuanto al espacio temporal concreto, creo que puede ser razonable el plazo de los cinco años, teniendo en cuenta los plazos de las posibles inspecciones tributarias.

4. Lesividad ¿Cuál es el bien jurídico?

Concretamente, configurado el delito como un delito de desobediencia el primer bien jurídico protegido será el principio de autoridad. Ahora bien, no parece que pueda considerarse el único bien jurídico, porque para proteger dicho bien jurídico el CP dispone de otros delitos de desobediencia (entre otros, el 410 CP) y porque, además, como se verá en un epígrafe posterior, la pena de este delito es mayor que la del art. 410 CP, por lo que ello sólo se justifica si se acepta que se trata de un delito pluriofensivo. Tal y como se ha analizado en el apartado relativo a la conducta típica, se podría afirmar que determinados cargos públicos tienen el deber de declarar su patrimonio y la infracción de ese deber vulnera la transparencia exigible para un correcto fun-

59 (Ampliamente, Del Carpio Delgado, 2015, pp. 37 ss.).

cionamiento de la función pública⁶⁰. En este sentido el delito de enriquecimiento ilícito constituiría un delito específico que puede cometer un determinado tipo de personas a los que la ley impone un deber especial de transparencia. Ya he mencionado más arriba que, en mi opinión, la transparencia no es un bien jurídico que merezca protección penal, sino un medio para conseguir determinados fines. La infracción del deber de declarar el patrimonio y por consiguiente la vulneración de la transparencia puede ser objeto (y de hecho lo es) de una infracción y sanción administrativa, como se ha visto a través de la Ley 3/2015. Por otra parte, la consideración de la transparencia como bien jurídico puede llevar a considerar irrelevante el origen lícito o ilícito del incremento patrimonial y convertir al delito en un delito de quebrantamiento formal de un deber, como se ha visto al analizar la conducta típica. En mi opinión el tipo penal del art. 438 CP no protege un bien jurídico específico y merecedor de protección penal.

5. Vulneración de la presunción de inocencia

Con la redacción del delito como un delito de desobediencia, la vulneración del principio de la presunción de inocencia se planteará sobre todo si se considera que es relevante la procedencia lícita o ilícita del incremento patrimonial. Así, si se considera que, para dar debido cumplimiento al requerimiento, el sujeto debe explicar el origen lícito del patrimonio se vuelven a plantear los mismos interrogantes que planteaba más arriba, tales como qué debe acreditar la acusación, cuándo se considerará que el incremento no se corresponde con los ingresos legítimos, hasta dónde debe demostrar la acusación que el incremento tiene un origen ilícito. De la redacción del tipo no se deduce ningún requisito, no parece que la acusación tenga que demostrar (siquiera indiciariamente) la ilicitud del incremento y mucho menos los posibles delitos específicos de los que proviene⁶¹. Es más, no es necesario tampoco que el incremento provenga de una actividad delictiva previa. Es decir, podría provenir de una actividad no delictiva, pero sí ilícita —imaginemos supuestos en los que la autoridad desarrolla alguna actividad lucrativa incompatible con su cargo, pero no delictiva. Esto hará que la aplicación del tipo vuelva a ser automática, salvo que el acusado pueda justificar su incremento patrimonial,

exigiendo sólo a la acusación que acredite que ha habido un incremento patrimonial superior a 250.000 euros y que dicho incremento no es explicable desde los ingresos acreditados del sujeto. En este sentido, Terradillos Basoco afirma que los preceptos incriminadores del enriquecimiento ilícito terminan castigando no el incremento patrimonial en sí, sino la ausencia de su justificación, con la consiguiente inversión de la carga de la prueba⁶². Por su parte, Hernández Basualto afirma tajante que “la tesis del delito de omisión no es de recibo, peor aún, a diferencia del reconocimiento abierto y franco de la inversión de la carga de la prueba, se trata de una tesis mucho más insidiosa”⁶³.

6. Pena

El delito tiene una pena, a mi modo de ver desproporcionada, de prisión de seis meses a tres años, multa del tanto al triplo del beneficio obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a siete años. Es una pena desproporcionada porque si la comparamos con otros delitos de desobediencia recogidos en el CP, se observa que es muy superior sin que, en mi opinión, haya razones para ello. Así el negarse abiertamente a cumplir resoluciones judiciales (art. 410 CP) tiene una pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años⁶⁴. El art. 438 bis CP también tiene mayor pena que algunos de los delitos que presumiblemente han podido generar el enriquecimiento ilícito. Así, el delito de cohecho pasivo impropio recogido en el art. 422 CP tiene pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo o cargo público de uno a tres años. También es menor la pena del delito de tráfico de influencias recogido en el art. 428 CP que conlleva pena de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cinco a nueve años. El delito de exacciones ilegales del art. 437 CP conlleva una pena de multa de seis a veinticuatro meses y de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años. O por ejemplo el delito de negociaciones prohibidas recogido en el 439 CP conlleva una pena de prisión de

60 (Del Carpio Delgado, 2015, p. 58); (Blanco Cordero, 2017, p. 33); (Torres Vergara/Gabela Salvador, 2018, p.9); (Fabián Caparrós, 2019, p. 601); (Mir Puig, C. 2022, p. 297); (Quintero Olivares, 2002, p. 2).

61 Considero que se debería exigir al menos los mismos indicios que exige el art. 127 bis para decomisar bienes o efectos que se presume que provienen de una actividad delictiva y no se acredita su origen lícito.

62 (Terradillos Basoco, 2017, p. 19).

63 (Hernández Basualto, 2006, p. 209).

64 Incluso castiga con menor pena el CP al que desobedeciere las órdenes expresas de la Administración encaminadas a subsanar las anomalías graves detectadas en materia de seguridad de explosivos (art. 348.4c) pena de prisión de seis meses a un año, multa de seis a doce meses, inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de tres a seis años.

seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a siete años.

Este breve recorrido comparativo por las penas recogidas por algunos tipos da muestra de la desproporción de la pena del nuevo delito. Por un lado, porque se aleja de la pena del delito de desobediencia del art. 410 CP, siendo como es un delito de desobediencia. Además, la desobediencia a resoluciones judiciales tipificada en el art. 410 puede llegar a ser más grave que el propio delito de enriquecimiento ilícito, dependiendo de cuál sea el contenido de la resolución judicial que se desobedece. Por otro lado, es un sinsentido que este delito tenga más pena que los delitos a través de los cuales ha podido llegar el incremento patrimonial. Esto último tiene una consecuencia añadida y es el efecto que puede tener sobre la relación concursal. Es decir, *a priori* se puede entender que el delito de enriquecimiento ilícito sea considerado residual (subsidiario) respecto a los delitos que han generado el enriquecimiento⁶⁵, sin embargo, esta tesis pierde fuerza si la pena aplicable al delito que ha generado los ingresos tiene menor pena que el delito de enriquecimiento ilícito. En este caso, parece que el concurso de normas deberá resolverse por el principio de alternatividad, art. 8.4º CP. Habría que analizar el caso por si cupiera un concurso de delitos, porque atendiendo a la redacción del art. 438 bis CP como delito de desobediencia y entendiendo como hacen algunos autores que el bien jurídico protegido es la transparencia, podría considerarse que, dadas las penas, y habiendo varios bienes jurídicos protegidos, podría apreciarse un concurso de delitos. En el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 24 de abril de 2014, intervino el profesor Gómez Lanz que ya advertía a los señores diputados de los peligros de la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito e indicaba que, si se producía, en todo caso la pena debería ser claramente más leve que cualquier delito contra la Administración Pública, puesto que se trata de un delito de peligro abstracto y presunto.

IV. NECESIDAD DEL DELITO: EL DECOMISO COMO HERRAMIENTA MÁS ADECUADA

Como ya se ha explicado, en mi opinión, el delito no protege un bien jurídico definido y específico que merezca protección penal, por lo que ello ya sería argumento suficiente para entender que la incorporación del art. 438 bis CP no es adecuada. Además, considero que la transparencia puede y debe protegerse a través de la normativa administrativa. Por otra parte, el ordenamiento jurídico español tiene suficientes herramientas para evitar el enriquecimiento no debido (ilícito) de los cargos públicos, sin tener que forzar las costuras de las garantías básicas del Derecho penal.

Haré referencia únicamente al decomiso, porque considero que después de la importante reforma de 2015 operada sobre el decomiso, éste puede constituir un instrumento más adecuado para la recuperación de ganancias ilícitas que el tipo de enriquecimiento ilícito⁶⁶.

La reforma originada por la LO 1/2015, de 30 de marzo del CP trae consigo un cambio muy relevante en la institución del decomiso. La reforma vino originada por la Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito de la UE que provocó además otras reformas procesales, tales como la introducción de un nuevo procedimiento del decomiso autónomo a través de la Ley 41/2015, de 5 de octubre que modifica la LECrim, así como la puesta en funcionamiento de la Oficina de Recuperación y Gestión de activos (ORGA)⁶⁷.

La Exposición de Motivos de la LO 1/2015 señala que la reforma del decomiso responde “a una ambiciosa revisión que introduce importantes modificaciones a fin de facilitar instrumentos legales que sean más eficaces en la recuperación de activos procedentes del delito y en la gestión económica de los mismos”.

1. El decomiso ampliado

Me interesa especialmente, por su relación con el delito de enriquecimiento ilícito, el decomiso ampliado recogido en el art. 127 bis y el art. 127 quinqués y sexies CP.

65 (Abanto Vásquez, 2003, pp. 484-485); (García Cantizano, 2022, p. 118).

66 No hago referencia en este trabajo a otras posibles herramientas, como el delito contra la hacienda pública, la responsabilidad civil o el delito de blanqueo. Especial importancia puede tener también la tributación de ganancias no justificadas. Son ganancias de patrimonio no justificadas, según el artículo 39 de la Ley Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), los bienes o derechos que no aparezcan o no se correspondan con la renta o patrimonio declarados por el contribuyente. La ganancia patrimonial no justificada recibirá la consideración de renta del ahorro y tributará al tipo de gravamen del 19% para los primeros 6.000 €, del 21% entre 6.000 € y 50.000 €, del 23% entre 50.000 € y 200.000 €, del 27% entre 200.000 € y 300.000 € y del 28% para todas las rentas que excedan esta última cuantía.

67 (Ampliamente sobre la Directiva y sobre otros instrumentos normativos europeos, Jiménez Villarejo, 2015, p. 99 ss.).

En la Directiva 2014/42 ya se reconoce que el decomiso ampliado permitirá decomisar bienes no directamente derivados de un delito concreto, sino otros activos adicionales que según el órgano jurisdiccional sea producto de otros delitos similares.

En efecto el decomiso ampliado del art. 127 bis CP establece que el juez ordenará el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los delitos que señala, partir de indicios fundados que los bienes provienen de una actividad delictiva y no se acredita el origen lícito. Los delitos aparecen señalados en una lista que va más allá de los exigidos en la Directiva, entre otros el delito de cohecho y el de malversación. Con la redacción anterior se criticaba la no inclusión de los “delitos de corrupción”⁶⁸. Sigue habiendo algunas ausencias llamativas como por ejemplo el delito de financiación ilegal de partidos políticos⁶⁹.

El decomiso ampliado se articula como una herramienta para impedir que el sujeto obtenga beneficios del delito, esto es, para impedir que el delito le resulte provechoso⁷⁰. En la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, se indica en el mismo sentido que: “no se persigue reprochar al condenado la realización de un hecho ilícito, lo que sería propio de una pena, sino conseguir fines ordenadores del patrimonio y de corrección de una situación patrimonial ilícita derivada de un enriquecimiento injusto de origen delictivo”.

Se diferencia entre el decomiso de ganancias del decomiso que recae sobre los objetos producto del delito y sobre los empleados para ejecutarlo⁷¹. El decomiso ampliado se incluye en la categoría de decomiso de ganancias.

2. Diferencias entre el delito de enriquecimiento y el decomiso ampliado

Resulta conveniente destacar algunas diferencias entre el decomiso ampliado y el delito de enriquecimiento ilícito.

El decomiso ampliado exige una condena previa por alguno de los delitos señalados. De esa condena el juez puede llegar a considerar que otra serie de bienes, no conectados a este concreto delito, también provienen de una actividad delictiva similar, ahora bien, esta presunción se deberá basar en indicios objetivos y funda-

dos que el propio CP señala en el número 2 del art. 127 bis CP.

Por tanto, como requisitos para poder aplicar el 127 bis CP se exige en primer lugar la condena por un delito. Una vez demostrada la responsabilidad del sujeto por uno de los delitos señalados en el apartado 1, el juez ordenará el decomiso de otros bienes y efectos cuando, en virtud de indicios fundados y objetivos, resuelva que provienen de una actividad delictiva, distinta al hecho sancionado. Se trata de una presunción *iuris tantum* contra la que el acusado podrá responder, acreditando el origen lícito de estos bienes.

El apartado 2 recoge cuáles son los indicios objetivos y fundados que permitan presumir que los bienes proceden de una actividad delictiva. En concreto son: 1) la desproporción entre los ingresos lícitos; 2) la ocultación de la titularidad de los bienes, mediante la utilización de personas interpuestas o paraísos fiscales y 3) la transferencia de los bienes mediante operación que dificulten o impidan su localización o destino.

3. Posible vulneración de la presunción de inocencia

También la doctrina ha planteado dudas, sobre si el decomiso ampliado puede suponer la vulneración del principio de presunción de inocencia por considerar que con esta presunción se invierte la carga de la prueba. Así, se critica que el art. 127 bis incurre en una práctica dudosa de seleccionar delitos y exceptuarlos de la regulación general, recogiendo una presunción contra reo que no puede justificarse con el argumento formal de que se trata de una consecuencia accesoria⁷². En parecidos términos Fernández Pantoja afirma que el art. 127 bis CP vulnera los principios más básicos del sistema, puesto que está declarando la existencia de delitos que no han sido ni declarados ni sentenciados como tales y se pregunta cómo se puede afirmar “indiciariamente” que se han cometido delitos tan graves como el tráfico de personas, la explotación sexual, etc. Según la autora, ello no debería tener acomodo en un Estado de Derecho, ya que las presunciones pueden vulnerar principios básicos y lesionar derechos fundamentales sin no van a acompañadas en pruebas efectivas y reales que sustenten el indicio. Por otra parte, cuestiona esta autora cómo puede haber un indicio si no se demuestra previamente la desproporcionalidad entre lo que se tiene y lo que se ingresa o cómo se puede deducir la

68 (Blanco Cordero, 2008, p. 102); (Quintero Olivares, 2010, p. 5).

69 (Hava García, 2015, p. 217).

70 (Cerezo Domínguez, 2004, p. 35); (Aguado Correa, 2013, p. 7); (Jiménez Villarejo, 2015, pp.111 ss.); (Castellei Montserrat, 2019, p. 17).

71 (Roig Torres, pp. 216 ss y 225 ss. La autora lo compara con la regulación alemana en la que se distingue el decomiso de ganancias —*Verfall*— de la confiscación —*Enziehung*—).

72 (Cerezo Domínguez, 2004 pp. 47 ss.); (Manzanares Samaniego, 2015, pp. 133 ss.).

existencia de testaferros o de paraísos fiscales si no hay pruebas de ello⁷³. En sentido similar, Vázquez Iruzubieta afirma que la exigencia de “indicios fundados” es inaceptable, porque contiene una contradicción. Los indicios son indicios y nada más⁷⁴.

Sin embargo, otro sector doctrinal afirma que no se vulnera el principio de presunción de inocencia en virtud de dos argumentos. El primero, el aducido por las Sentencias del TC (STC 219/2006, de 28 de julio; 220/2006, de 3 de julio; 126/2011, de 18 de julio) que señalan que el principio de presunción de inocencia implica que nadie puede ser declarado penalmente responsable de un delito sin pruebas de cargo válidas que han de estar referidas a los elementos esenciales del delito y han de ser valoradas por los tribunales. Por ello en la acreditación de la concurrencia de los presupuestos para la imposición de una consecuencia accesoria como el comiso y en la imposición de la misma habrán de respetarse las garantías del proceso. Estas Sentencias avalan el Acuerdo no Jurisdiccional del TS de 5 de octubre de 1998 en el que el TS acordó extender el ámbito de ganancias decomisables a ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación de tráfico de drogas enjuiciada (en base a indicios), aludiendo, respecto a la prueba indiciaria, que la prueba no puede ser en los mismos términos que el hecho descubierto y merecedor de condena, sino que por el contrario esta prueba necesariamente debe ser de otra naturaleza y versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado. La prueba indiciaria podrá consistir en las investigaciones policiales que se vinieran haciendo sobre el acusado; en que el bien fuera adquirido durante ese tiempo; o en la inexistencia de ingresos acreditados que pueden justificar la adquisición del bien.

Opina Jiménez Villarejo que tal mecanismo (el decomiso ampliado) no es contrario a la presunción de inocencia por cuanto rige la doctrina constitucional sobre la prueba indiciaria, perfectamente legítima, pero, además, no afecta al derecho a la presunción de inocencia porque no incide ni en el núcleo de la acción delictiva objeto de enjuiciamiento, ni en la imputación de dicha acción a persona concreta y determinada. El mecanismo opera sobre personas ya condenadas en un proceso penal tramitado con todas las garantías y en el que el imputado ha tenido la posibilidad de defensa, en consecuencia, afirma este autor que las consecuencias

del comiso ampliado son puramente de carácter económico y patrimonial⁷⁵.

El segundo argumento que se esgrime es el de entender que el decomiso no es propiamente una sanción penal y por lo tanto no rigen los mismos principios que en el ámbito sancionatorio y en todo caso no rigen con la misma intensidad. El propio Preámbulo de la reforma indica que el decomiso es una medida de carácter civil y patrimonial. Así lo afirma Castellvi Montserrat al indicar que el comiso no tiene naturaleza sancionatoria porque se limita a detraer los beneficios ilegítimos que se derivan del delito, al contrario de lo que ocurre con la multa que puede ir más allá. Por otra parte, no responde al principio de personalidad de las penas porque se puede imponer por ejemplo al heredero del sujeto. Además, la cuantía a decomisar no depende de la gravedad del delito, no se incluye en el catálogo de penas y se regula por ley ordinaria (Disposición final séptima de la LO 1/2015). Añade este autor que no puede considerarse sanción la negación de un derecho que no se tiene y que el carácter de castigo sólo aparece cuando, al margen de la voluntad reparadora, se inflige un perjuicio añadido con el que se afecta al infractor en el círculo de bienes de los que disfrutaba lícitamente. En consecuencia, afirma Castellvi Montserrat que la naturaleza no sancionatoria del decomiso de ganancias autoriza a operar con un estándar de prueba menos exigente al que impone la presunción de inocencia a la hora de dar por acreditada la procedencia delictiva de un bien⁷⁶. Por su parte Roig Torres considera que ante esta maraña de situaciones es difícil sostener que el decomiso tiene siempre carácter civil, ahora bien, tampoco se puede afirmar que sea un castigo o sanción. “El decomiso se configura como una herramienta penal diseñada para desvanecer las expectativas de conseguir rendimientos a través del delito, advirtiendo que el patrimonio que guarde conexión con el hecho, será requisado”⁷⁷.

Estoy de acuerdo con los argumentos expuestos en el sentido de que el decomiso no se prevé como una amenaza destinada a disuadir de la comisión del delito ni como castigo merecido por el delito. Tampoco responde a ninguno de los fines de la pena, ni se rige por el principio personal de las penas. Por tanto, a mi modo de ver no tiene naturaleza de sanción penal y por tanto el estándar de prueba exigible para aplicarlo podrá ser inferior al que se exige para imponer una pena. Se trata únicamente de restablecer un orden económico que,

73 (Fernández Pantoja, 2015, pp. 288 s.).

74 (Vázquez Iruzubieta, 2015, p. 249).j

75 (Jiménez Villarejo, 2015, p. 113).

76 (Castellvi Montserrat, 2019, pp. 22 ss.); (Bacigalupo Sagesse, 2002, p. 83 ss.); (Mir Puig, 2015, p. 831 ss.); (Jiménez Villarejo, 2015, p. 113).

77 (Roig Torres, 2016, p. 232).

presumiblemente no es correcto, aunque siempre será posible que el sujeto demuestre que sí lo es.

Cabe añadir, por último, que el CP recoge otra modalidad de decomiso ampliado en los art. 127 quinquies y sexies. No me extenderé en ellos, porque no es el objeto de este trabajo. Estoy de acuerdo con Hava García en que probablemente esta duplicidad se deba a una mala técnica legislativa y que hubiera sido deseable una aclaración entre ambas figuras de decomiso ampliado⁷⁸. El 127 quinquies tiene como objetivo la recuperación de ganancias obtenidas a través de una continua y reiterada actividad delictiva, habiendo hecho de esa continuidad su forma de vida y habiendo obtenido ganancias significativas. Es verdad, como pone de manifiesto Roig Torres que cuando la continuidad se basa en condenas anteriores, será raro que el juez no haya declarado el decomiso en su momento⁷⁹. En el 127 sexies, el CP presume que los bienes adquiridos en los últimos seis años tienen origen delictivo y deben ser decomisados. No obstante, hay una cláusula de salvaguarda para que en caso de estimar las presunciones desproporcionadas por la que se introduce una vía indirecta de comprobación del origen de los concretos bienes a decomisar que salva la legitimidad de este decomiso⁸⁰.

Más allá de la deficiente técnica legislativa, creo que en lo que concierne a los problemas de vulneración de presunción de inocencia o de inversión de la carga de la prueba se puede considerar lo mismo que lo dicho respecto al 127 bis CP.

Explicado lo anterior se puede volver a la cuestión esencial de este apartado, esto es, si era necesaria la tipificación del delito de enriquecimiento injustificado o ilícito, la respuesta sólo puede ser negativa.

En el 127 bis apartado 1 no se recoge este delito. Quiere ello decir que no cabrá en este caso el decomiso ampliado. Por otra parte, si un sujeto comete este delito llevará aparejada la pena de multa del tanto al triplo del beneficio obtenido, por lo que entiendo que no cabrá la aplicación del decomiso directo. Esta quizás podría ser la única utilidad del delito frente al decomiso, esto es, que no se decomisan los bienes, efectos o ganancias que haya obtenido el sujeto directamente del delito, sino que con la multa se puede llegar al triple del enriquecimiento obtenido. No creo, sin embargo, que merezca la pena esta ventaja frente a los problemas que plantea su tipificación.

V. Conclusiones

La conclusión más relevante del trabajo es la de la crítica al delito de enriquecimiento ilícito, tanto con

carácter general, como a la tipificación concreta del art. 438 bis introducida por la LO 14/2022, de 22 de diciembre en el CP.

Se trata de un delito controvertido que responde a la preocupación por el problema importante que supone la corrupción a nivel mundial, sin embargo, considero que su inclusión en el CP trae consigo más problemas que beneficios.

La configuración del delito como un delito de desobediencia trae controversia en cuanto a la consideración de si es relevante que el incremento patrimonial sea ilícito.

Entiendo que el delito no protege un bien jurídico específico. No considero que la transparencia sea un bien jurídico merecedor de protección penal. La transparencia es una herramienta fundamental, especialmente en la función pública, que servirá para proteger bienes jurídicos. Por otra parte, además, la transparencia viene protegida en la legislación administrativa, por lo que debería hacerse es incidir en que dicha normativa se aplicara, antes de incorporar un nuevo delito.

Es importante también tener en cuenta que desde la consideración de la transparencia como bien jurídico protegido, así como dese la literalidad del precepto puede llegar a considerarse irrelevante el origen ilícito del patrimonio, lo que a mi modo de ver desnaturaliza la finalidad del delito.

Resulta curioso que una medida como el decomiso ampliado que no tiene naturaleza de sanción penal exija más cautelas que el tipo contenido en el art. 438 bis, para ser aplicado. En este sentido, el alcance del delito es más amplio que el del decomiso ampliado, puesto que este último exige una condena previa e indicios objetivos y fundados.

La figura del decomiso tiene otras ventajas respecto del delito de enriquecimiento ilícito. En primer lugar, como se ha visto, plantea menos problemas en relación con la posible vulneración del principio de presunción de inocencia, con la inversión de la carga de la prueba o con el derecho a no autoincriminarse. En segundo lugar, el decomiso será aplicable a cualquier persona (sin necesidad de que se trate de una autoridad) e independientemente de la cantidad de ganancia obtenida.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Abanto Vásquez, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*, Palestra, Lima, 2003.
- Aguado Correa, Teresa: *Decomiso de los productos de la delincuencia organizada. Garantizar que el delito*

78 (Hava García, 2015, p. 215); (Vidales Rodríguez, 2015, p. 409).

79 (Roig Torres, 2016, p. 253).

80 (Castellvi Montserrat, 2019, p. 53).

- no resulte provechoso, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-05 (2013), 1-27.
- Armenta Deu, Teresa: *Lecciones de Derecho procesal penal*, 12ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2019.
- Asencio Mellado, José María: la lucha contra la corrupción, en: *El notario del siglo XXI*, 57 (2014), 1-4.
- Bacigalupo Sagesse, Silvina: *Ganancias ilícitas y Derecho Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.
- Bacigalupo Zapater, Enrique: Sobre la reforma de los delitos de los funcionarios, en: *Documentación Jurídica*, 37/40 (1983), 1093-1105.
- Blanco Cordero, Isidoro: La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos públicos obtenida mediante soborno de funcionarios públicos, en: *Estudios Penales y Criminológicos*, 27 (2007), 39-75.
- Blanco Cordero, Isidoro: El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional portugués, en: *Revista electrónica de la AIDP*, 2013, 1-19.
- Blanco Cordero, Isidoro: El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-16 (2017), 1-35.
- Blanco Cordero, Isidoro, De nuevo sobre el delito de enriquecimiento ilícito, en: Valiente Ivañez./Ramírez Martín (coords.)/Gómez Martín/Bolea Bardón/Gallego Soler/Hortal Ibarra/Joshi Jubert (dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal: Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, BOE, Madrid, 2022, vol. 2, 51-62.
- Castellvi Montserrat, Carlos: Decomisar sin castigar, en: *InDret*, 1/2019, 1-66.
- Cerezo Domínguez, Ana Isabel: *Análisis jurídico-penal de la figura de l comiso*, Comares, Granada, 2004.
- Del Carpio Delgado, Juana: El delito de “enriquecimiento ilícito”: análisis de la normativa internacional, en: *Revista General de Derecho Penal*, 23 (2015), 1-67.
- De la Mata Barranco, Norberto: El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. La necesidad de definir el interés merecedor y necesitado de tutela en cada una de las conductas típicas encuadradas en lo que se conoce, demasiado genéricamente, como ámbito de corrupción, en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 17 (2006), 81-152.
- Fabián Caparrós, Eduardo: Apuntes críticos sobre la posible tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en España, en: Sánchez Bernal/Carrillo del Teso (coords.), *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*, 2019, 595-610.
- Fernández López, Mercedes: Consideraciones sobre el delito de enriquecimiento ilícito, en: Demetrio Crespo/González Cuellar-Serrano (dirs.), *Halcones y Palomas: Corrupción y delincuencia económica*, Castillo de Luna ediciones jurídicas, Madrid, 2015, 431-466.
- Fernández Pantoja, Pilar: Las consecuencias accesorias, en: Morillas Cueva (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, 269-293.
- Fernández Teruelo, Javier: El fenómeno de la corrupción en España. Respuesta Penal y propuestas de reforma, en: Puente Aba (ed.), *Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española. Actas del Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico*, Università degli Studi di Milano, Milano, 2015, 55-76.
- Fuentes Soriano, Olga: El derecho al silencio y sus consecuencias en el proceso, en: *Revista General de Derecho procesal*, 46 (2018), 1-26.
- García Cantizano, María del Carmen: Algunas precisiones sobre los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos, en: *Ius et Pax* Revista de la Facultad de Derecho, 53 (2021), 111-124.
- García de Enterría, Eduardo: *Democracia, jueces y control de la Administración*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 2000.
- Gómez Rivero, María del Carmen: Presunciones y Derecho penal, en: *Revista Penal Mexico*, 3 (2012), 143-157.
- Hava García, Esther: la nueva regulación del comiso, en: Quintero Olivares (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, 213-223.
- Hernández Basualto, Héctor: El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho Penal Chileno, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXVII, 2º semestre (2006), 183-222.
- Javato Rodríguez, Antonio Mª.: El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales, en: *Revista Jurídica de Castilla y León*, 23 (2011), 145-172.
- Jiménez-Villarejo Fernández, Francisco, La nueva regulación del decomiso y la recuperación de activos delictivos en el ordenamiento jurídico español, en: *Revista del Ministerio Fiscal*, 0 (2015), 94-145.
- Kindhäuser, Urs: Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los

- delitos de corrupción en el Código Penal alemán, en: *Política criminal*, 3 (2007), 1-19.
- Luis González, Ramón: El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario y empleado público como delito de sospecha. Problemas constitucionales, en: *Revista de la facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad del Nordeste*, vol. 10, núm. 19 (2016), 69-74.
- Manzanares Samaniego, José Luis: Artículo 127, en: *La reforma del Código penal de 2015, conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, la Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2015, 126-146.
- Mir Puig, Carlos: El delito de enriquecimiento ilícito o injusto, en: Valiente Iváñez, /Ramírez Martín (coords.)/Gómez Martín/Bolea Bardón/Gallego Soler/Hortal Ibarra/Joshi Jubert (dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal: Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, BOE, Madrid, 2022, vol. 2, 285-297.*
- Mir Puig, Santiago: *Derecho Penal Parte General, 10ª ed., (con la colaboración de Victor Gómez Martín y Vicente Valiente Iváñez), Reppertor, Barcelona, 2015.*
- Muñoz Conde, Francisco: *Derecho Penal Parte Especial, 22ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.*
- Olaizola Nogales, Inés: *El delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Olaizola Nogales, Inés: *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- Olaizola Nogales, Inés: La tributación de las ganancias ilícitas (una primera y breve aproximación), en: Luzón Peña./Díaz y García Conlledo (dirs.), *Puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana: Liber amicorum profesor doctor Jürgen Wolter por su 75ª aniversario*, 2018, 409-418.
- Otto, Harro: *Schützen Sie ihr Unternehmen, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1991.*
- Palao Taboada, Carlos: *El derecho a no autoinculparse en el ámbito tributario, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.*
- Pérez López, Jorge A.: *El delito de enriquecimiento ilícito y su tratamiento en la doctrina y norma sustantiva*, en: *Derecho y Cambio Social*, 2012, 1-17.
- Quintero Olivares, Gonzalo: *Una guarnición: el delito de enriquecimiento ilícito. Cuestiones previas*, en: *Almacén derecho, diciembre 2022, https://almacenederecho.org/una-guarnicion-el-enriquecimiento-ilicito*, 1-5.
- Roca Agapito, Luis: Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales, en: Manjón-Cabeza Olmeda/Ventura Püschel/Álvarez García (dir.), *Tratado de derecho penal español: parte especial. III, Delitos contra las administraciones pública y de justicia, 2013, lección 2ª, 55-90.*
- Roca Agapito, Luis: Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales, en: *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 31 (2013), 151-182.
- Roig Torres, Margarita: La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española, en: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI, (2016), 199-279.
- Rojas Pilcher, Pablo Andrés: El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción, en: *Revista Penal Mexico*, 7 (2015), 220-240.
- Sánchez Benítez, Cristian: El delito de enriquecimiento ilícito: ¿Una propuesta inconstitucional?, en: *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 4 (2019), 1-21.
- Sancinetti, Marcelo: *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público (artículo 262,2 CPP)*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1994.
- Terradillos Basoco, Juan: Corrupción política: consideraciones olítico.criminales, en: *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 1 (2017), 1-31.
- Torres Vergara, Danny/Gabela Salvador, Rafael: El informe previo sobre indicios de responsabilidad penal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, una aberración en el Código Orgánico Integral Penal, en: *USFQ LAW Review*, vol. V, 2018, 198-212.
- Vázquez Iruzubieta, Carlos: Artículos 127bis- 127 octies, en: *Código penal comentado (Actualizado por las leyes orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo)*, Atelier, Barcelona, 248-254.
- Vidales Rodríguez, Caty: Consecuencias accesorias: Decomiso (arts. 127 a 127 octies), en: González Cuscac/Matallín Evangelio/Gorriz Royo (dirs.), *Comentarios a la reforma del Código Penal 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 391-414.

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato *.txt) a la dirección: jcferreolive@gmail.com
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.



Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para
mejorar el día a día
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/